

ROGÉRIO
SANCHES CUNHA

Manual de **Direito**

PENAL volume único

PARTE GERAL
(arts. 1º ao 120)

CONFORME

- **Lei 14.752/2023** – Disciplina o caso de abandono do processo pelo Defensor.
- **Lei 14.717/2023** – Institui pensão especial aos filhos e dependentes crianças ou adolescentes, órfãos em razão do crime de feminicídio.
- **Lei 14.532/2023** – Altera a Lei do Crime Racial e o Código Penal para tipificar como crime de racismo a injúria racial.
- **Res. 487/2023 do CNJ** – Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário.

13ª
edição

revista
atualizada
ampliada

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

ROGÉRIO SANCHES CUNHA

MANUAL DE
DIREITO PENAL

VOLUME ÚNICO

PARTE GERAL
(arts. 1º ao 120)

13ª
edição

revista
atualizada
ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Canuto Saraiva, 131 – Mooca – CEP: 03113-010 – São Paulo – São Paulo

Tel: (11) 3582.5757

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/central-de-relacionamento>

Copyright: Edições JusPODIVM

Diagramação: Lupe Comunicação e Design (lupecomunicacao@gmail.com)

Capa: Ana Caquetti

C972m Cunha, Rogério Sanches.
Manual de Direito Penal - Parte Geral - Volume Único / Rogério Sanches Cunha –
13. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

832 p. (Coleção Manuais – Volume Único).

Inclui Bibliografia
ISBN: 978-85-442-4782-2

1. Direito penal. 2. Parte geral. 3. Noções gerais de Direito Penal. 4. Lei Penal. I. Cunha, Rogério Sanches. II Título.

CDD 341.5

BIBLIOTECÁRIA RESPONSÁVEL

Ana Carolina Ribeiro Mois – CRB7 – RJ 007348/0

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

NOTA DO AUTOR À 13ª EDIÇÃO

Caro leitor,

É com grande satisfação que apresento a 13ª edição do Manual de Direito Penal – Parte Geral, uma obra que se tornou referência confiável e valiosa para estudantes, acadêmicos e profissionais do direito ao longo dos anos. Esta edição representa um marco nessa jornada de compartilhar conhecimento e entender a evolução do direito penal.

O mundo do direito está em constante transformação, moldado pelas mudanças legislativas, evolução da jurisprudência nacional e, cada vez mais, pela influência de decisões de tribunais internacionais. À medida que avanço nesta nova edição, busco não apenas manter a tradição de excelência, mas também acompanhar e responder às mudanças do nosso tempo.

Neste manual revisado, atualizado e ampliado, você encontrará uma análise aprofundada das novas leis e regulamentações que moldam o campo do direito penal em nosso país. A legislação está em constante evolução, e meu compromisso é fornecer a você as informações mais atualizadas, com clareza e precisão.

Além disso, não esqueci a importância das decisões dos nossos tribunais, que continuam a esculpir o panorama jurídico nacional com suas interpretações e precedentes. Cada caso importante, cada decisão relevante, está cuidadosamente considerada e discutida para lhe oferecer uma compreensão completa do estado atual do direito penal.

Mas a missão vai além das fronteiras nacionais. Em um mundo cada vez mais globalizado, a influência de decisões internacionais tornou-se inegável. Nesta edição, dedico espaço para explorar as implicações dessas decisões e destacar como elas afetam nossa jurisprudência e práticas jurídicas.

Trabalhei incansavelmente para trazer a você uma obra que ofereça não apenas uma compreensão sólida do direito penal em nossa nação, mas também a capacidade de contextualizar nossa legislação no cenário internacional. Espero que isso enriqueça sua prática profissional e sua compreensão acadêmica.

Meus agradecimentos vão para todos aqueles que contribuíram para esta edição - editores, revisores e, acima de tudo, você, leitor. Sua confiança contínua em meu manual é o que me motiva a continuar nossa busca pelo conhecimento jurídico mais atual e relevante.

Espero que esta edição seja uma fonte de consulta inestimável e uma ferramenta indispensável em sua jornada no mundo do direito penal. Este manual é uma celebração do meu compromisso de servir à comunidade jurídica e de buscar justiça.

Boa leitura e que esta obra lhe seja valiosa em sua jornada.

Janeiro de 2024.

O Autor

PREFÁCIO

De um Amigo-Editor

A um Amigo-Autor

*“O correr da vida embrulha tudo.
A vida é assim: esquenta e esfria,
aperta e daí afrouxa,
sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem.”*

Guimarães Rosa

“A gente não faz amigos, reconhece-os.”

Vinicius de Moraes

Foi preciso coragem para terminar este livro.

A história de Rogério como professor se confunde com a história desta obra.

E a história desta obra se confunde com a história da nossa amizade.

Sem dúvida, um sonho que foi realizado. De ambos.

Testemunhei, por anos, as dificuldades enfrentadas por Rogério.

Sempre que tentava avançar, algo ocorria. Participação ativa no Ministério Público, enfrentamento de “poderosos”, problemas pessoais, questões contratuais, ritmo intenso de aulas, viagens, palestras etc.

Foram 10 anos de superação. São 10 anos de amizade.

Este livro, que teve suas primeiras linhas escritas para serem publicadas pelos tipos desta Editora, quase foi publicado por outra e, por um tempo, ficou ameaçado de nunca sair.

E nesse vai e vem, nossa amizade se fortaleceu.

O contato entre nós, que começou de forma empresarial, editorial, evoluiu com a ideia da publicação do “*Direito Penal – Parte Geral*”, cuja primeira capa foi feita em 2004 e que guardo comigo até hoje e acabou se tornando muito mais do que isso.

O editor que virou amigo. O autor que virou irmão.

Andei com Rogério todo esse caminho. Ajudei no que eu podia. Mesmo quando o livro estava prestes a ser lançado numa Editora concorrente. Sobretudo quando ficou sem esperança de um dia sair.

No final do ano de 2011, por algumas coincidências e por muita vontade de ambos, montamos uma estratégia para que o livro pudesse ser publicado.

Foi então que, como numa tática de guerra, a obra foi tomando forma.

Montamos uma equipe. Pesquisamos bibliografia. Definimos horários nos quais Rogério se dedicaria apenas a escrever.

Ao longo do ano de 2012, pude acompanhar um autor extremamente dedicado, focado e empolgado com o que estava fazendo.

Nunca o tinha visto assim.

Falávamo-nos praticamente todos os dias. De manhã cedo. Tarde da noite.

Ele sempre trazia novidades. Desafiava-me a encontrar esse ou aquele assunto em outros livros.

Vinha com ideias novas.

Doutrinava.

Esta obra vai muito além de um mero compêndio de outras bibliografias já publicadas.

Rogério deixa aqui suas contribuições. Ousa discordar dos seus mestres. Apresenta, sempre que possível, uma nova via.

Organiza o livro de forma completamente diferente. Da sua forma. Do seu jeito.

Com uma linguagem simples, objetiva, mas profunda, o autor presenteia seus alunos e ex-alunos com um retrato escrito das suas aulas e abre a oportunidade, para aqueles que nunca tiveram a chance de conhecê-lo como professor, de compulsarem um pouco do seu conhecimento.

Sem descuidar do apuro técnico, Rogério, sempre que possível, apresenta quadros, esquemas, tabelas como forma de ajudar na fixação do conhecimento e no aprendizado.

Trazendo a todo instante a posição de grandes doutrinadores e dos tribunais superiores, ele oferece ao leitor a chance de se manter extremamente atualizado com o que há de mais moderno na doutrina penalista.

Este livro é fruto da aliança entre a inteligência e a determinação.

O resultado não poderia ser melhor.

Cidade de São Salvador da Bahia, início de março de 2013.

Ricardo Didier

Editor

SUMÁRIO

Índice de Perguntas	23
---------------------------	----

Parte 1

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

► Capítulo I

NOÇÕES GERAIS DE DIREITO PENAL	31
1. Definição	31
2. Direito Penal, Ciência do Direito Penal, Criminologia e Política Criminal	33
3. Funcionalismo	34
4. Categorias do Direito Penal	35
5. “Privatização” do Direito Penal	42
6. As velocidades do Direito Penal	44

► Capítulo II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	47
1. Introdução	47
2. Vingança Penal	47
2.1. Vingança divina	47
2.2. Vingança privada	47
2.3. Vingança pública	48
3. Direito Penal na Grécia Antiga	48
4. Direito Penal em Roma	49
5. Direito Penal Germânico	50
6. Direito Penal na Idade Média	51
7. A Idade Moderna, o período humanitário e o Iluminismo	52
8. Escolas Penais	53
8.1. A Escola Clássica	53
8.2. A Escola Positiva	55
8.3. A Escola Alemã	56
8.4. A Terza Scuola	56
9. A moderna doutrina penal	57
10. História do Direito Penal Brasileiro	60

► Capítulo III

FONTES DO DIREITO PENAL	61
1. Introdução	61

2.	Fonte material do Direito Penal	61
3.	Fonte formal do Direito Penal.....	61
3.1.	Fonte formal do Direito Penal à luz da doutrina moderna.....	62
4.	Fonte informal do Direito Penal (costumes).....	67
5.	Características e classificação da lei penal	69

► *Capítulo IV*

INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL	71
1. Introdução	71
2. Interpretação extensiva	74
3. Interpretação analógica.....	76
4. Integração da lei penal (analogia).....	77

► *Capítulo V*

TEORIA GERAL DA NORMA PENAL	79
1. Princípios e sua relação com o Direito Penal.....	79
2. Princípios gerais do Direito Penal.....	80
2.1. Princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal.....	81
2.1.1. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos	81
2.1.2. Princípio da intervenção mínima.....	83
2.1.2.1. Princípio da insignificância (ou bagatela própria).....	85
2.1.2.2. Princípio da bagatela imprópria	105
2.1.2.3. Princípio da adequação social	107
2.2. Princípios relacionados com o fato do agente	108
2.2.1. Princípio da exteriorização ou materialização do fato	108
2.2.2. Princípio da legalidade	108
2.2.2.1. Princípio da legalidade, tipo aberto e a norma penal em branco	115
2.2.3. Princípio da ofensividade ou lesividade	122
2.3. Princípios relacionados com o agente do fato	124
2.3.1. Princípio da responsabilidade pessoal.....	124
2.3.2. Princípio da responsabilidade subjetiva.....	125
2.3.3. Princípio da culpabilidade	126
2.3.4. Princípio da igualdade	126
2.3.5. Princípio da presunção de inocência (ou da não culpa).....	127
2.4. Princípios relacionados com a pena.....	133
2.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	133
2.4.2. Princípio da individualização da pena	134
2.4.3. Princípio da proporcionalidade	134
2.4.4. Princípio da pessoalidade	134
2.4.5. Princípio da vedação do “bis in idem”	134

► *Capítulo VI*

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO TEMPO	139
1. Introdução	139
2. Tempo do crime.....	139
3. Sucessão de leis no tempo	140
3.1. Sucessão de lei incriminadora.....	141
3.2. <i>Novatio legis in pejus</i>	141
3.3. <i>Abolitio criminis</i>	144
3.4. <i>Novatio legis in melius</i>	145
3.5. Princípio da continuidade normativo-típica	150
4. Lei temporária e lei excepcional.....	151
4.1. Constitucionalidade das leis temporárias e excepcionais.....	152
5. Lei penal no tempo: questões complementares	153
5.1. Retroatividade da jurisprudência.....	153
5.2. Retroatividade da lei penal no caso de norma penal em branco.....	158
5.3. Lei intermediária.....	160

► *Capítulo VII*

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO ESPAÇO.....	161
1. Princípios aplicáveis e territorialidade.....	161
2. Lugar do crime	165
3. Extraterritorialidade	166
4. Pena cumprida no estrangeiro.....	171

► *Capítulo VIII*

EFICÁCIA DA LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS.....	175
1. Introdução	175
2. Imunidades diplomáticas.....	176
3. Imunidades parlamentares.....	177
3.1. Imunidade parlamentar absoluta (<i>freedom of speech</i>)	177
3.2. Imunidade parlamentar relativa	181
3.2.1. Relativa ao foro	181
3.2.2. Relativa à prisão.....	187
3.2.3. Relativa ao processo	191
3.2.4. Relativa à condição de testemunha	192
3.3. Imunidades parlamentares e o estado de sítio	193
3.4. Imunidades do parlamentar licenciado.....	193
3.5. Imunidades dos deputados estaduais.....	193
3.6. Imunidades dos vereadores	197
3.7. Foro por prerrogativa de governadores.....	200
3.8. Foro por prerrogativa de membros do Ministério Público e da Magistratura	203
3.9. Foro por prerrogativa de função x Tribunal do Júri	209

► *Capítulo IX*

DISPOSIÇÕES FINAIS	211
1. Eficácia da sentença estrangeira.....	211
2. Contagem do prazo.....	215
3. Frações não computáveis da pena	216
4. Conflito aparente de normas.....	216
4.1. Especialidade (<i>lex specialis derogat legi generali</i>)	217
4.2. Subsidiariedade (<i>lex primaria derogat legi subsidiariae</i>)	218
4.3. Consunção (<i>lex consumens derogat legi consumptae</i>)	219

*Parte 2***TEORIA GERAL DO CRIME**► *Capítulo I*

INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO CRIME	223
1. Introdução	223
2. Infração penal, crime, delito e contravenção penal.....	224
3. Diferenças entre crime e contravenção penal	226
3.1. Quanto à pena privativa de liberdade imposta	226
3.2. Quanto à espécie de ação penal.....	227
3.3. Quanto à admissibilidade da tentativa	227
3.4. Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira	227
3.5. Quanto à competência para processar e julgar	227
3.6. Quanto ao limite das penas.....	228
3.7. Quanto ao período de prova do <i>sursis</i>	228
3.8. Quanto ao cabimento de prisão preventiva e temporária.....	228
3.9. Quanto à possibilidade de confisco	229
3.10. Quanto à ignorância ou à errada compreensão da lei.....	229
4. Sujeitos do crime	230
4.1. Sujeito ativo.....	230
4.2. Vítima e Sujeito passivo	237
4.2.1. Vítima	238
4.2.1.1. Classificações de vítimas.....	245
4.2.1.2. Vitimização	247
4.2.1.3. Vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária	249
4.2.2. Sujeito passivo	250
5. Objetos (material e jurídico) do crime material	256
6. Classificação doutrinária de crimes	258
6.1. Crime material, formal e de mera conduta.....	258
6.2. Crime comum, próprio e de mão própria	259
6.3. Crime doloso, culposo e preterdoloso	260

6.4.	Crime instantâneo, permanente e instantâneo de efeitos permanentes.....	260
6.5.	Crime consumado e tentado	261
6.6.	Crime de dano e de perigo	261
6.7.	Crime simples, complexo, qualificado e privilegiado.....	261
6.8.	Crime plurissubjetivo e unissubjetivo	263
6.9.	Crime comissivo e omissivo	263
6.10.	Crime unissubsistente e plurissubsistente.....	264
6.11.	Crime habitual.....	265
6.12.	Outras classificações	265
7.	Substratos do crime	280

► Capítulo II

FATO TÍPICO.....	281
1. Introdução	281
2. Conduta.....	281
2.1. Teoria Causalista	282
2.2. Teoria Neokantista	285
2.3. Teoria Finalista.....	289
2.4. Teoria social da ação	291
2.5. Teorias funcionalistas.....	293
2.5.1. Funcionalismo Teleológico, Dualista, Moderado ou da Política Criminal.....	295
2.5.2. Funcionalismo Radical, Sistêmico ou Monista	296
2.6. Teoria da ação significativa.....	299
2.7. Características e elementos da conduta.....	300
2.8. Causas de exclusão da conduta	300
2.8.1. Caso Fortuito ou de Força Maior	301
2.8.2. Involuntariedade.....	301
2.8.3. Coação física irresistível (<i>vis absoluta</i>)	302
2.9. Formas de conduta.....	302
2.9.1. Quanto à voluntariedade do agente	303
2.9.1.1. Do crime doloso.....	303
2.9.1.1.1. Espécies de dolo	304
2.9.1.1.2. Fases da conduta dolosa.....	308
2.9.1.2. Do crime culposos	309
2.9.1.2.1. Espécies de culpa.....	314
2.9.1.2.2. Exclusão da culpa	318
2.9.1.3. Do crime preterdoloso	319
2.9.2. Erro de tipo.....	321
2.9.2.1. Erro de tipo x Erro de proibição	321
2.9.2.2. Erro de tipo: espécies.....	321
2.9.2.3. Erro de tipo: questões complementares.....	330
2.9.3. Quanto ao modo de execução.....	332

2.9.3.1.	Crime comissivo.....	332
2.9.3.2.	Crime omissivo.....	333
2.9.3.2.1.	Crime omissivo impróprio: (in) constitucionalidade.....	338
2.9.3.3.	Crime de conduta mista.....	339
3.	Resultado	340
4.	Nexo causal	344
4.1.	Conceito	344
4.2.	Concausas	346
4.3.	A teoria da imputação objetiva.....	350
4.3.1.	Criação ou incremento de um risco proibido.....	352
4.3.2.	Realização do risco no resultado.....	353
4.3.3.	Resultado se encontra dentro do alcance do tipo.....	354
4.4.	Causalidade nos crimes omissivos.....	355
5.	Tipicidade penal	356
5.1.	Evolução da tipicidade penal.....	356
5.2.	Tipicidade conglobante	358
5.3.	Espécies de tipicidade formal	359
5.4.	Tipo penal: elementos	360
5.5.	Tipo penal: modalidades	361

► Capítulo III

ILICITUDE.....	363
1. Conceito	363
2. Relação entre tipicidade e ilicitude	365
3. Causas excludentes da ilicitude (descriminantes ou justificantes)	367
3.1. Estado de necessidade.....	370
3.1.1. Requisitos do estado de necessidade	370
3.1.2. Estado de necessidade e erro na execução	376
3.2. Legítima defesa.....	376
3.2.1. Requisitos da legítima defesa.....	377
3.2.2. Legítima defesa e erro na execução.....	383
3.2.3. Legítima defesa da honra nos crimes contra a vida	384
3.3. Estrito cumprimento de um dever legal.....	388
3.4. Exercício regular de um direito	389
3.4.1. A problemática dos “ofendículos”	390
3.5. Consentimento do ofendido.....	391
3.6. <i>Ticking Bomb Scenario Theory</i> : o emprego da tortura na iminência de um ato terrorista	394
4. Excesso nas justificantes.....	396
5. Descriminante putativa	398

► Capítulo IV

CULPABILIDADE.....	401
1. Conceito	401

2.	Teorias da culpabilidade.....	403
2.1.	Teoria psicológica da culpabilidade.....	403
2.2.	Teoria psicológica normativa.....	404
2.3.	Teoria normativa pura da culpabilidade (extremada e limitada)	404
2.4.	Teoria da coculpabilidade.....	405
3.	A culpabilidade do autor x culpabilidade do fato.....	406
4.	Culpabilidade formal e material	407
5.	Elementos da culpabilidade.....	407
5.1.	Imputabilidade.....	407
5.1.1.	Causas de imputabilidade	409
5.1.2.	A imputabilidade do índio (indígena) não integrado.....	417
5.1.3.	A emoção e a paixão.....	418
5.1.4.	A constatação da imputabilidade.....	418
5.1.5.	Justiça penal consensual na imputabilidade por doença mental.....	419
5.2.	Potencial consciência da ilicitude	422
5.2.1.	Erro de proibição.....	424
5.2.1.1.	Espécies de erro de proibição.....	426
5.2.1.2.	Erro de proibição e erro de tipo	427
5.3.	Exigibilidade de conduta.....	427
5.3.1.	Coação irresistível	428
5.3.1.1.	Requisitos da coação irresistível	428
5.3.2.	Obediência hierárquica	430
5.3.2.1.	Requisitos da obediência hierárquica.....	430
5.3.3.	Dirimentes supralegais	432
5.4.	Síntese das causas legais de exclusão da culpabilidade.....	435

► Capítulo V

PUNIBILIDADE	437
1. Conceito	437
2. Causas de extinção da punibilidade	438
2.1. Morte do agente.....	440
2.2. Anistia, graça e indulto.....	442
2.2.1. Anistia, graça e indulto e os crimes hediondos e equiparados.....	445
2.3. “Abolitio criminis”.....	448
2.4. Decadência	449
2.5. Perempção.....	450
2.6. Prescrição	451
2.6.1. Conceito	451
2.6.2. Hipóteses de imprescritibilidade	452
2.6.3. Prescrição: fundamentos.....	452
2.6.4. Prescrição: espécies.....	453
2.6.4.1. Prescrição da pretensão punitiva	453
2.6.4.1.1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição em abstrato (PPPA)	453

2.6.4.1.2.	Prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente (PPPS ou PPPI)	470
2.6.4.1.3.	Prescrição da pretensão punitiva retroativa (PPPR)	471
2.6.4.1.4.	Prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, virtual, antecipada ou por prognose (PPPV)	473
2.6.4.1.5.	PPPA, PPPS e PPPR: resumo	474
2.6.4.2.	Prescrição da pretensão executória (PPE)	474
2.6.4.2.1.	PPE: consequências	475
2.6.4.2.2.	PPE: termo inicial	475
2.6.4.2.3.	PPE: exemplo	479
2.6.5.	Prescrição e atos infracionais	480
2.6.6.	A prescrição da pena de multa	481
2.6.7.	A redução dos prazos prescricionais (art. 115 do CP)	484
2.7.	Renúncia ao direito de agir	486
2.8.	Perdão (aceito) do ofendido	487
2.9.	Retratação do agressor	488
2.10.	Perdão judicial	489

► *Capítulo VI*

"ITER CRIMINIS"	493
1. Introdução	493
2. Fases do crime	493
2.1. Cogitação	493
2.2. Atos preparatórios	494
2.3. Atos executórios	494
2.4. Consumação	497
3. Crime consumado	497
4. Da tentativa	498
4.1. Infrações penais que não admitem tentativa	502
5. Desistência voluntária e arrependimento eficaz	505
5.1. Desistência voluntária	506
5.2. Arrependimento eficaz	508
6. Arrependimento posterior	509
6.1. Situações especiais de reparação do dano ou restituição da coisa	512
7. Crime impossível	515

► *Capítulo VII*

CONCURSO DE PESSOAS NA PRÁTICA DE CRIMES	521
1. Introdução	521
2. Conceito	521
3. Requisitos	522
4. Formas de praticar o crime quanto ao sujeito	524

4.1. Autoria (<i>Animus auctoris</i>).....	524
4.2. Autoria mediata	527
4.3. Autoria colateral	532
4.4. Multidão delinquente.....	533
4.5. Coautoria.....	534
4.6. Participação (<i>Animus socii</i>).....	535
4.6.1. Participação em cadeia e participação sucessiva.....	537
4.6.2. Participação negativa	538
5. Concurso de pessoas em crimes culposos.....	538
6. Concurso de pessoas em crimes omissivos.....	538
7. Punibilidade no concurso de pessoas	540
8. Participação de menor importância.....	540
9. Participação dolosamente distinta.....	542
10. Comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares.....	543
11. Participação impune.....	544

Parte 3

TEORIA GERAL DA PENA

► Capítulo I

CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PENA.....	549
1. Introdução	549
2. Finalidades (ou funções) da pena	550
2.1. Finalidade da pena no Brasil	551
3. Justiça restaurativa, justiça reparatoria e justiça negociada	552
4. Princípios informadores da pena	562
5. Penas proibidas no Brasil.....	572
6. Penas permitidas no Brasil.....	574

► Capítulo II

APLICAÇÃO DA PENA	577
1. Introdução	578
2. Fixação da pena privativa de liberdade	578
3. Primeira fase de aplicação da pena	579
3.1. Culpabilidade do agente.....	583
3.2. Antecedentes do agente.....	585
3.3. Conduta social do agente	589
3.4. Personalidade do agente	590
3.5. Motivos do crime.....	592
3.6. Circunstâncias do crime.....	592
3.7. Consequências do crime	593
3.8. Comportamento da vítima	594

4.	Segunda fase de aplicação da pena.....	595
4.1.	Das agravantes.....	597
4.1.1.	Reincidência (art. 61, I).....	599
4.1.2.	Motivo fútil ou torpe (art. 61, II, "a").....	604
4.1.3.	Crime cometido para facilitar ou assegurar a execução ou ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (art. 61, II, "b").....	605
4.1.4.	Crime cometido com traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, "c").....	605
4.1.5.	Crime praticado com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (art. 61, II, "d").....	605
4.1.6.	Crime praticado contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, "e").....	606
4.1.7.	Crime praticado com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher, na forma da lei específica (art. 61, II, "f").....	606
4.1.8.	Crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, II, "g").....	608
4.1.9.	Crime praticado contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, "h").....	609
4.1.10.	Crime praticado quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade (art. 61, II, "i").....	610
4.1.11.	Crime praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. 61, II, "j").....	610
4.1.12.	Crime praticado em estado de embriaguez preordenada (art. 61, II, "l").....	612
4.1.13.	Agravantes nos crimes praticados por duas ou mais pessoas (art. 62).....	612
4.2.	Das atenuantes.....	613
4.2.1.	Menoridade (art. 65, I, 1ª parte).....	614
4.2.2.	Senilidade (art. 65, I, 2ª parte).....	615
4.2.3.	O desconhecimento da lei (art. 65, II).....	616
4.2.4.	Motivo de relevante valor moral ou social (art. 65, III, "a").....	616
4.2.5.	Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (art. 65, III, "b").....	616
4.2.6.	Ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, "c").....	617
4.2.7.	Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, "d").....	618
4.2.8.	Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (art. 65, III, "e").....	623
4.2.9.	Circunstâncias atenuantes inominadas (art. 66).....	623
5.	Terceira fase de aplicação da pena.....	625

5.1.	Concurso (homogêneo) de causas de aumento.....	627
5.2.	Concurso (homogêneo) de causas de diminuição.....	628
5.3.	Concurso (heterogêneo) de causas de aumento e de diminuição.....	629
6.	Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.....	630
6.1.	Regime fechado.....	631
6.2.	Regime semiaberto.....	638
6.3.	Regime aberto.....	639
6.4.	Pena de reclusão.....	642
6.5.	Pena de detenção.....	644
6.6.	Pena de prisão simples.....	645
6.7.	Regime de cumprimento de pena do índio.....	646
6.8.	Regime especial para o cumprimento de pena pela mulher.....	646
6.9.	Fixação do regime inicial de cumprimento da pena e detração.....	646
6.10.	Sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade.....	649
6.11.	Limite das penas.....	670
7.	Penas e medidas alternativas à prisão.....	672
7.1.	As penas restritivas de direitos.....	673
7.1.1.	Introdução.....	673
7.1.2.	Restritivas de direitos: espécies.....	674
7.1.3.	Restritivas de direitos: características.....	679
7.1.4.	Restritivas de direitos: requisitos.....	680
7.1.5.	Penas restritivas de direitos x crimes hediondos (ou equiparados).....	683
7.1.6.	Penas restritivas de direitos x delitos de ameaça, lesão corporal leve e constrangimento ilegal.....	684
7.1.7.	Penas restritivas de direitos x crime de roubo.....	684
7.1.8.	Penas restritivas de direitos x crimes militares.....	685
7.1.9.	Penas restritivas de direitos na Lei de Abuso de Autoridade.....	686
7.1.10.	Restritivas de direitos: regras da substituição.....	688
7.1.11.	Restritivas de direitos: conversão.....	689
7.1.12.	Restritivas de direitos: momento de execução.....	691
7.2.	A pena de multa.....	692
7.2.1.	Introdução.....	692
7.2.2.	Aplicação da pena de multa.....	693
7.2.3.	Pagamento (voluntário) da multa.....	696
7.2.4.	Não pagamento da pena de multa.....	698
7.2.5.	Cumulação de penas de multa.....	701
7.2.6.	A multa e a Lei Maria da Penha.....	702
7.2.7.	A multa no tráfico de drogas.....	703
7.2.8.	Pena de multa e prestação pecuniária: distinções.....	704
7.3.	A suspensão condicional da pena ("sursis").....	704
7.3.1.	Conceito e natureza jurídica.....	704
7.3.2.	Sistemas.....	705

7.3.3.	Espécies, requisitos e condições	707
7.3.4.	Revogação	711
7.3.5.	Cassação	713
7.3.6.	Prorrogação	713
7.3.7.	Extinção	714
7.4.	Livramento condicional	715
7.4.1.	Conceito e natureza jurídica	715
7.4.2.	Requisitos	716
7.4.2.1.	Objetivos	716
7.4.2.2.	Subjetivos	721
7.4.3.	Condições	724
7.4.3.1.	Obrigatórias	724
7.4.3.2.	Facultativas	725
7.4.4.	Concessão e execução	725
7.4.5.	Revogação	726
7.4.5.1.	Obrigatória	726
7.4.5.2.	Facultativa	728
7.4.6.	Prorrogação	728
7.4.7.	Extinção	729

► Capítulo III

CONCURSO DE CRIMES	731
1. Conceito	731
2. Sistemas de aplicação da pena para o concurso de crimes	732
3. Concurso material	733
3.1. Condenação a penas de reclusão e detenção	734
3.2. Condenação a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos	734
3.3. Concurso material e penas restritivas de direitos	735
4. Concurso formal	735
5. Continuidade delitiva	739
5.1. Crime continuado genérico ou comum	740
5.2. Crime continuado específico	744
6. Questões complementares	750
6.1. Concurso de crimes e prescrição	750
6.2. Concurso de crimes e suspensão condicional do processo	750
6.3. Concurso de crimes e pena de multa	751
6.4. Concurso de crimes e Juizados Especiais Criminais	751
6.5. Concurso de crimes, prisão preventiva e fiança	752
6.6. Concurso de crimes na execução penal	752

► Capítulo IV

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	753
1. Conceito, fundamentos e finalidade das medidas de segurança	753

2.	Princípios informadores das medidas de segurança	754
3.	Espécies de medida de segurança.....	755
4.	Pressupostos da medida de segurança	758
5.	Aplicação das medidas de segurança	759
5.1.	Duração da medida de segurança	759
5.2.	Perícia médica.....	760
6.	Desinternação ou liberação condicional	760
7.	Reinternação do agente.....	761
8.	Conversão da pena em medida de segurança	761
9.	Internação cível	763
10.	Extinção da punibilidade e medida de segurança.....	763
11.	Medida de segurança provisória	765

► Capítulo V

EFEITOS DA CONDENAÇÃO	769
1. Introdução	769
2. Efeitos extrapenais genéricos.....	770
2.1. Tornar certa a obrigação de indenizar.....	770
2.2. Confisco dos instrumentos e produtos do crime	772
2.2.1. Confisco em decorrência do tráfico de drogas	775
2.2.2. Confisco em decorrência da lavagem de capitais.....	777
2.3. Confisco alargado	778
3. Efeitos extrapenais específicos.....	782
3.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo	782
3.1.1. Efeitos administrativos da condenação	782
3.1.2. Efeitos políticos da condenação.....	783
3.2. Incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela	789
3.3. A inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso	791
4. Efeito da condenação na legislação extravagante.....	793
4.1. Lei de Tortura	793
4.2. Lei de Organização Criminosa	793
4.3. Lei nº 7.716/89 – Preconceito Racial.....	794
4.4. Lei de Lavagem de Capitais.....	794
4.5. Lei de Falência	794
4.6. Lei nº 10.695 – alteração ao Código de Processo Penal	795
4.7. Lei de Abuso de Autoridade.....	795

► Capítulo VI

REABILITAÇÃO.....	799
1. Conceito e Cabimento.....	799
1.1. Assegurar sigilo das condenações	799

1.2. Suspensão condicional dos efeitos extrapenais específicos da condenação (art. 92 do CP)	800
2. Requisitos.....	801
3. Revogação	803
4. Competência e recurso	803
5. Reabilitação e pluralidade de condenações.....	803
► <i>Capítulo VII</i>	
AÇÃO PENAL	805
1. Introdução	805
2. Características do direito de ação	805
3. Condições da ação	806
4. Classificação da ação penal	807
4.1. Ação penal pública incondicionada.....	808
4.2. Ação penal pública condicionada.....	809
4.2.1. Da representação do ofendido	810
4.2.2. Da requisição do Ministro da Justiça	813
4.3. Ação penal de iniciativa privada.....	814
4.3.1. Ação penal exclusivamente privada	814
4.3.2. Ação penal privada personalíssima.....	818
4.3.3. Ação penal privada subsidiária da pública	819
4.3.4. Institutos que ensejam a extinção da punibilidade nos crimes perseguidos mediante ação penal privada	820
4.4. Ação penal nos crimes complexos (art. 101 do CP)	822
4.5. Ação penal nos crimes contra a honra	822
4.6. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.....	824
BIBLIOGRAFIA	829

ÍNDICE DE PERGUNTAS

Parte 1

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

☑ Qual o alcance da expressão “questões específicas” no âmbito da competência penal delegada aos Estados?	61
☑ Costumes criam infrações penais?	68
☑ Costumes revogam infrações penais?	68
☑ Qual, então, a finalidade do costume no ordenamento jurídico-penal?	68
☑ Qual lei deve ser aplicada se, no decorrer da prática de um crime permanente ou crime continuado, sobrevém lei mais grave?	142
☑ E no caso de crime habitual, como trabalhar a sucessão de leis penais no tempo?	143
☑ Como ficam os efeitos da condenação na hipótese de “abolitio criminis”?	144
☑ Depois do trânsito em julgado, qual o juiz competente para aplicar a lei penal mais benéfica?	146
☑ É possível a aplicação da lei penal mais benéfica durante o seu período de “vacatio legis”?	146
☑ Como proceder em caso de dúvida sobre qual a lei penal mais benéfica?	147
☑ Para beneficiar o réu, admite-se combinação de leis penais?	148
☑ A título de exemplo, imagine-se que a lei A disponha sobre determinado crime prevendo a pena de 2 a 4 anos e multa, enquanto a lei B, passando a disciplinar o mesmo crime, preveja pena de 4 a 8 anos, sem a previsão de multa. É possível conjugar a lei A com a lei B para punir o réu com pena de 2 a 4 anos e sem multa (combinando as partes favoráveis de ambas as leis)?	148
☑ Embaixada é extensão do território que representa?	164
☑ Aplica-se a lei brasileira ao crime cometido a bordo de embarcação privada estrangeira de passagem pelo mar territorial brasileiro?	164
☑ CAIO, autor de homicídio executado no estrangeiro, foge e retorna ao território brasileiro antes do fim das investigações. A lei brasileira alcança este fato?	169
☑ CAIO será processado e julgado no Brasil pela Justiça Federal ou Estadual?	169
☑ Qual a comarca competente para o processo e julgamento de CAIO?	171
☑ O diplomata não deve obediência à nossa Lei?	176
☑ Quais os limites da imunidade parlamentar material?	178
☑ Nos casos em que o deputado federal se elege senador, ou vice-versa, mantém-se o foro por prerrogativa de função no STF sobre crimes cometidos no mandato anterior?	184
☑ Cabe prisão civil contra o Congressista devedor de alimentos?	190

Parte 2

TEORIA GERAL DO CRIME

✓ Quais as consequências ao se adotar (ou optar) pela etiqueta de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano indesejado pelo meio social?	226
✓ Pessoa jurídica pode figurar como sujeito ativo de crime?	230
✓ E se, constatada a prática de um crime, a pessoa jurídica for dissolvida durante a apuração ou o processo criminal?	233
✓ Pessoa jurídica de direito público pode ser responsabilizada penalmente por delito ambiental?	235
✓ Os animais podem ser vítimas de crime?	251
✓ Pode o homem ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo do crime?	255
✓ É possível crime sem objeto material?	256
✓ O que se entende por crime ultracomplexo?	262
✓ A conduta, como acabamos de apresentar, é um dos elementos do fato típico, e, uma vez ausente, não se pode falar em crime (<i>nullum crimen sine conducta</i>). Mas o que vem a ser, efetivamente, conduta?	281
✓ Qual teoria (da conduta) foi seguida pelo nosso Código Penal?	299
✓ Quais as diferenças entre a culpa consciente e o dolo eventual?	315
✓ E o racha (competição de veículos automotores em via pública sem autorização legal)? Dolo eventual ou culpa consciente?	315
✓ Como tratar o atropelamento praticado por motorista embriagado?	316
✓ Existe compensação de culpas no Direito Penal?	318
✓ E a concorrência de culpas?	318
✓ O reincidente em crime preterdoloso deve ser tratado como reincidente em crime doloso ou culposos?	320
✓ Como aferir a (in)evitabilidade do erro?	322
✓ Qual resultado (naturalístico ou normativo) integra o crime?	342
✓ Na relação tipicidade x ilicitude, qual teoria norteia nosso ordenamento jurídico?	366
✓ A decisão de arquivamento do inquérito policial com fundamento na exclusão da ilicitude faz coisa julgada material?	368
✓ O estado de necessidade é faculdade ou direito?	370
✓ Quais personagens possuem esse dever?	372
✓ Cabe estado de necessidade em crime habitual e permanente?	375
✓ O furto famélico é crime?	375
✓ É possível estado de necessidade contra estado de necessidade?	376
✓ O estado de necessidade é comunicável?	376
✓ É possível legítima defesa no crime de rixa?	379

☒ É possível legítima defesa recíproca?	383
☒ Admite-se legítima defesa contra quem age em estado de necessidade?	383
☒ O particular pode invocar a discriminante do estrito cumprimento do dever legal?	389
☒ A integridade física é bem jurídico disponível?	393
☒ É possível o consentimento do ofendido nos crimes culposos?	393
☒ As discriminantes putativas retratam qual espécie de erro?	398
☒ Qual dos critérios norteou o nosso sistema?	409
☒ O sonâmbulo é considerado portador de doença mental?	409
☒ E o surdo-mudo?	410
☒ E o erro sobre elementos normativos do tipo?	427
☒ Então é possível crime sem punibilidade (sem efeito)?	437
☒ Aos crimes hediondos e equiparados, admite-se o indulto humanitário, ou seja, aquele concedido por razões de grave deficiência física ou em virtude de debilitado estado de saúde do requerente?	446
☒ Admite-se o indulto no tráfico de drogas privilegiado?	446
☒ É cabível o instituto do indulto para adolescentes infratores?	447
☒ Qual o interesse do Estado continuar agindo se, ao final, já antevê a extinção do seu direito de punir?	473
☒ Qual a diferença entre o início da execução (punível) e a fase anterior (atos preparatórios, em regra impuníveis)?	495
☒ Em que momento se iniciou a execução do crime de furto praticado por JOÃO? Foi no momento em que ficou na esquina esperando a vítima sair do imóvel? Será que foi no momento em que começou a escalar o muro da casa? Ou foi no instante em que iniciou a subtração, núcleo do tipo?	495
☒ O que vem a ser crime exaurido?	498
☒ Como se dá a punição do crime tentado?	499
☒ O que se entende por tentativa supersticiosa ou irreal?	501
☒ É possível tentativa na culpa imprópria?	502
☒ É possível tentativa no dolo eventual?	504
☒ E a tentativa nos crimes de ímpeto?	504
☒ A violência imprópria (que, sem o emprego efetivo de força física ou grave ameaça, também atinge a capacidade de resistência da vítima) impede a causa de redução de pena prevista no art. 16 do CP?	511
☒ A reparação do dano, requisito do arrependimento posterior, se comunica ao corrêu?	513
☒ A recusa da vítima, não aceitando o valor de reparação ofertado pelo autor, impede o arrependimento posterior?	515
☒ Qual a diferença entre crime impossível e delito putativo?	517
☒ Todos os concorrentes do evento ilícito responderão pela mesma infração penal?	523
☒ Qual a teoria adotada pelo nosso Código Penal na definição de autor do crime?	526

✓ É possível autoria mediata nos crimes culposos?	528
✓ E nos crimes próprios e de mão própria?	529
✓ É possível coautoria em crime próprio?	534
✓ E nos crimes de mão própria?	534
✓ É possível coautoria em crime omissivo próprio?	539
✓ Cabe participação em crime omissivo impróprio?	540

Parte 3

TEORIA GERAL DA PENA

✓ Então o que configura maus antecedentes?	587
✓ Existe limitação temporal para a condenação anterior ser considerada para efeitos de maus antecedentes (a exemplo do que já acontece com a agravante da reincidência)?	588
✓ E se ficar constatado o concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes?	596
✓ Qual a ordem de preponderância no concurso de agravantes e atenuantes?	596
✓ As agravantes sempre agravam a pena?	597
✓ As agravantes incidem em todos os crimes?	598
✓ Agravante não articulada na denúncia pode ser reconhecida?	598
✓ Condenação passada pode servir como maus antecedentes e, ao mesmo tempo, agravante da reincidência?	603
✓ O instituto da reincidência, por si só, não caracteriza “bis in idem”?	603
✓ A vingança é motivo torpe?	605
✓ As atenuantes sempre atenuam a pena?	613
✓ As atenuantes incidem em todos os crimes?	614
✓ Cabe a atenuante quando a confissão é qualificada (ou somente quando simples)?	618
✓ É possível a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea do réu?	621
✓ A substituição da prisão por penas alternativas é direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz sentenciante?	674
✓ E na hipótese do inc. V (proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos)?	679
✓ Qual o prazo da pena restritiva?	679
✓ O autor de crime preterdoloso, para valer-se dos benefícios da substituição da prisão por penas alternativas, deve preencher os requisitos do crime doloso ou culposos?	683
✓ Qual dos dois diplomas deve prevalecer?	697
✓ De quem é a competência para a execução forçada da pena?	698
✓ Nesses casos, é possível o juiz sentenciante, atendendo aos requisitos legais, substituir a pena privativa de liberdade por multa, cumulando, ao final, duas penas pecuniárias?	702

✓ Presentes os requisitos legais, pode o magistrado substituir a pena de prisão por outra multa, cumulando, portanto, a multa substitutiva da prisão com a multa principal?	702
✓ O “sursis” é direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz sentenciante?	705
✓ Qual a natureza da prestação de serviços de que trata o art. 78 do CP? Deve ser encarada exclusivamente como condição do sursis ou carrega a característica da pena autônoma e substitutiva da privação de liberdade?	708
✓ Existe algum tipo de “sursis” incondicionado?	710
✓ É possível “sursis” sucessivos e simultâneos?	715
✓ Cabe a medida alternativa do “sursis” para estrangeiro?	715
✓ A falta grave interrompe o prazo para o livramento?	721
✓ No crime continuado é indispensável a homogeneidade subjetiva?	743
✓ Qual lei deve ser aplicada se, no decorrer da prática de um crime continuado, sobrevém lei mais grave?	747
✓ Aplica-se continuidade delitiva em crimes contra a vida?	747
✓ Admite-se, no mesmo contexto fático, crime continuado e concurso formal?	748
✓ A continuidade delitiva é compatível com o crime permanente?	749
✓ E no caso de agente capaz na data da conduta, mas que desenvolve anomalia psíquica no curso da execução da pena (superveniência de doença mental)?	762
✓ O que fazer quando escoado o limite de internação e a periculosidade do agente persistir?	763
✓ E se o produto ou proveito do crime não for encontrado ou estiver localizado no exterior?	773
✓ O que ocorre com bens sequestrados, apreendidos ou sujeitos a qualquer medida assecuratória cujo uso, devido ao interesse público, foi autorizado pelo juiz?	774
✓ Ora, se a LEP já assegura o sigilo, bastando o cumprimento ou extinção da pena, qual é a utilidade da reabilitação nesse ponto?	800
✓ A reabilitação impede a reincidência de crime futuro?	801
✓ Como saber qual ação penal a ser utilizada para perseguir a pena de determinado crime?	808
✓ E no caso de vítima com 17 anos casada, quem representa?	812
✓ Diante da mudança na regra da ação penal dos crimes sexuais, os fatos anteriores que dependiam de representação continuam vinculados à condição de procedibilidade ou o Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de iniciativa da vítima?	828

Parte 1

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

Capítulo I

NOÇÕES GERAIS DE DIREITO PENAL

Sumário • 1. Definição; 2. Direito Penal, Ciência do Direito Penal, Criminologia e Política Criminal; 3. Funcionalismo; 4. Categorias do Direito Penal; 5. “Privatização” do Direito Penal; 6. As velocidades do Direito Penal.

1. DEFINIÇÃO

A etiqueta “Direito Penal” é criticada por parcela da doutrina. **BASILEU GARCIA**, por exemplo, alega que:

“A insuficiência da locução Direito Penal por não abranger um dos dois grandes grupos de providências de combate à criminalidade – o das medidas de segurança, cuja natureza preventiva as distingue das penas, de finalidade primordialmente repressiva. Pretende-se que seria mais apropriado dizer Direito Criminal”¹.

Não obstante a crítica, deve-se preferir a expressão Direito Penal, seja porque assim está referida na Constituição Federal (*v.g.* art. 62, §1º, I, *b*, CF/88), seja porque temos um Código Penal (e não Criminal). Ademais, é esta a expressão adotada pela doutrina majoritária, tanto no Brasil quanto em outros países².

Superada a controvérsia (sem interesse prático) acerca da terminologia, partimos, agora, para a definição, lembrando que conceito de Direito Penal perpassa por três aspectos:

(A) sob o **aspecto formal ou estático**, Direito Penal é um **conjunto de normas** que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais (crime ou contravenção), define os seus agentes e fixa as sanções (pena ou medida de segurança) a serem-lhes aplicadas³.

1. *Instituições de Direito Penal* – Vol. 1. Tomo I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 03.

2. “[...] é generalizada a preferência pela designação Direito Penal, não só no Brasil como em outros países. *Diritto Penale* – em italiano, *Derecho Penal* – em espanhol, *Droit Pénal* – em francês, são expressões encontradas muito mais freqüentemente do que *Dirito Criminale*, *Derecho Criminal*, *Droit Criminel*. Para essa predileção mais extensa concorre, sem dúvida, a circunstância de que a punibilidade aparece como o característico de maior projeção objetiva ao cuidar-se do crime.” (GARCIA, Basileu. Ob. cit., p. 3).

3. Paulo Queiroz, ao dissertar sobre o assunto, traz diversas conceituações doutrinárias de Direito Penal: “Von Liszt define-o como o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência; Mezger, como o exercício do poder punitivo do Estado, que conecta ao delito, como pressuposto, a pena, como consequência jurídica; Welzel, como a ‘parte do ordenamento jurídico que determina as características da ação delituosa e lhe impõe penas ou medidas de segurança’. Wessels dá uma definição mais completa: ‘por Direito Penal designa-se a parte do ordenamento jurídico que determina os pressupostos da punibilidade, bem como os caracteres específicos da conduta punível, cominando determinadas penas e prevendo, a par de outras consequências jurídicas, especialmente medidas de tratamento de segurança’. Entre nós, Frederico Marques assinala, com razão, que, para se ter uma noção exata, é imprescindível que nela se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam, inclusive as que

(B) sob o **aspecto material** o Direito Penal refere-se a **comportamentos** considerados **altamente reprováveis** ou **danosos** ao organismo social, afetando bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (nesse sentido, Luiz Régis Prado).

(C) sob o **aspecto sociológico ou dinâmico**, o Direito Penal é mais um **instrumento de controle social** de comportamentos desviados (ao lado dos outros ramos, como Constitucional, Civil, Administrativo, Comercial, Tributário, Processual, etc.), visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica dos membros do grupo.

Aspecto formal (ou estático)	Aspecto material	Aspecto sociológico ou dinâmico
O Direito Penal é um conjunto de normas	O Direito Penal refere-se a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos	o Direito Penal é mais um instrumento de controle social de comportamentos desviados

A manutenção da paz social, que propicia a regular convivência humana em sociedade, demanda a existência de normas destinadas a estabelecer diretrizes que impõem ou proíbem determinados comportamentos. Quando violadas as regras de condutas, surge para o Estado o poder (dever) de aplicar as sanções, civis e/ou penais.

Nessa tarefa (controle social) atuam vários ramos do Direito, cada qual com sua medida sancionadora capazes de inibir novos atos contrários à ordem social. Todavia, temos condutas que, por atentarem (de forma relevante e intolerável) contra bens jurídicos especialmente tutelados, determinam reação mais severa por parte do Estado, que passa a cominar sanções de caráter penal, regradas pelo Direito Penal.

O que **diferencia** uma norma penal das demais impostas coativamente pelo Estado é a espécie de **consequência jurídica** que traz consigo (*cominação das penas e medidas de segurança*).

Em razão disso, deve servir como a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significação e relevo.

Vigora no Direito Penal o **princípio da intervenção mínima**, o qual orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico. Completa BITENCOURT:

“Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais”⁴.

derivam dessa sistematização ordenadora do delito e da pena, apresentando, por isso, o seguinte conceito: ‘conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência, e disciplina, também, outras relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado’” (QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2-3).

4. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva: 2019, p. 58.

2. DIREITO PENAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

Vimos que Direito Penal é o conjunto de normas com a missão de elevar certos comportamentos humanos à categoria de infrações penais, cominando sanções àqueles que os praticam, sendo natural a existência de uma ciência apta a organizar métodos de interpretação e correta aplicação dessas mesmas normas jurídicas.

Entretanto, há de se ressaltar que a Ciência do Direito Penal **não** se limita, de forma pura e simples, a abstrair da norma o seu significado, e, a partir daí, conferir-lhe aplicação abstrata.

Em plano mais abrangente, deve essa disciplina se ater às manifestações sociais da conduta criminosa e às condições pessoais daquele que a pratica.

Nas palavras de **ANÍBAL BRUNO** deve ser uma ciência

“Que sem deixar de ser essencialmente jurídica, se alimenta da substância das coisas: da realidade social e dos aspectos fenomênicos do crime, para o fim de compreender melhor o próprio Direito vigente e favorecer-lhe a sua missão prática de disciplina da criminalidade”⁵.

Ao lado do Direito Penal e da Ciência do Direito Penal, encontra-se o gênero “**ciências penais**”, preocupando-se “com a delinquência como fato natural, procurando apontar-lhe as causas, com o emprego do método positivo, de observação e experimentação”⁶. Integram esse grupo a Criminologia e a Política Criminal⁷.

A **Criminologia** é ciência **empírica** que estuda o crime, a pessoa do criminoso, da vítima e o comportamento da sociedade. Não se trata de uma ciência teleológica, que analisa as raízes do crime para discipliná-lo, mas de uma ciência causal-explicativa, que retrata o delito enquanto fato, perquirindo as suas origens, razões da sua existência, os seus contornos e forma de exteriorização.

A Criminologia “visa o conhecimento do crime como fenômeno individual e social. Estuda-o, bem como ao seu autor, sob os aspectos bio-sociológicos”⁸. Não por outro motivo, este ramo da ciência penal abarca a Biologia Criminal (que, por sua vez, engloba a Antropologia Criminal, a Psicologia e Psiquiatria criminais) e a Sociologia Criminal⁹.

5. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 41.

6. Ob. cit., p. 67.

7. Também fazem parte das ciências penais a antropologia criminal, a psicologia e a psiquiatria criminais, a sociologia criminal, estatística criminal e penalologia.

8. Ob. cit., p. 82.

9. Depois da metade do século passado, fomentada pelos estudos de Gary S. Becker, cresce a importância da análise (teoria) econômica do crime, consistente, em apertada síntese, na aplicação de certos modelos econômicos para a explicação da criminalidade, justificando, inclusive, a adoção de determinadas políticas públicas de segurança, bem como de ações preventivas. Em 1968, Becker publicou o artigo intitulado “Crime and Punishment: An Economic approach” (Crime e Punição: uma abordagem econômica, em tradução livre), publicado no *Journal of Political Economy*, por meio do qual fez uso do raciocínio econômico para explicar as variáveis consideradas previamente à decisão de praticar condutas penalmente ilícitas, decisão essa tomada por indivíduos racionais. A ideia central do modelo reside na ponderação realizada por esses mesmos indivíduos entre os custos da

A **Política Criminal**, por sua vez, tem no seu âmago a específica finalidade de trabalhar as estratégias e meios de controle social da criminalidade (caráter teleológico). É característica da Política Criminal a posição de **vanguarda** em relação ao direito vigente, vez que, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada¹⁰.

Observa-se desta explanação o principal diferencial indicativo dos objetos do Direito Penal, da Política Criminal e da Criminologia. A Criminologia não se preocupa com o conteúdo normativo a ser aplicado ao delinquente, mas estuda o delinquente como ser, assim como a vítima e o controle social. Analisa os fatos praticados e suas consequências no sentido da busca de entendê-los como fatores formadores do complexo criminal; não se atém à imputação da pena e à situação derivada desta imputação. A norma merece desenvolvimento científico à parte. Aliás, dela (norma penal) se ocupam o Direito Penal e a Política Criminal, em âmbitos diferenciados e estranhos ao mundo dos fatos da Criminologia.

3. FUNCIONALISMO

O funcionalismo¹¹ é um movimento da atualidade, uma corrente doutrinária que visa analisar a real função do Direito Penal. Muito embora não haja pleno consenso acerca da sua teorização, sobressaem-se dois segmentos importantes: o **funcionalismo teleológico** e o **funcionalismo sistêmico**.

Para o **funcionalismo teleológico (ou moderado)**, que tem como maior expoente **CLAUS ROXIN**, a função do Direito Penal é **assegurar bens jurídicos**, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal.

Já de acordo com o **funcionalismo sistêmico (ou radical)**, defendido por **GÜNTHER JAKOBS**, a função do Direito Penal é a de **assegurar o império da norma**, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado. Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema.

Nesta linha de raciocínio, para **JAKOBS**, “aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”.

Surge assim o **Direito Penal do Inimigo**, cuidando de maneira própria o infiel ao sistema, aplicando-se-lhe não o Direito, “vínculo entre pessoas que, por sua vez, são titulares de direitos e deveres”, mas sim a coação, repressão necessária àqueles que perderam o seu status de cidadão¹².

prática delituosa e os benefícios esperados (expectativas de lucro). O crime tem causas e consequências econômicas que não podem ser desconsideradas pelo estudioso e operador do Direito.

10. Ob. cit., p. 49.

11. As correntes funcionalistas serão estudadas de forma mais aprofundada em tópico próprio.

12. **JAKOBS**, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23. O inimigo da contemporaneidade é, para **Jakobs**, o terrorista, o traficante de drogas, de armas e de seres humanos, os membros de organizações criminosas transnacionais.

Na doutrina brasileira prevalece o entendimento de que o Direito Penal serve, efetivamente, para assegurar bens jurídicos (teoria iniciada por **Birnbaum**, em 1834), sem desconsiderar a sua missão indireta (ou mediata): o controle social e a limitação do poder punitivo estatal.

Direito Penal { a) missão mediata: controle social e a limitação do poder punitivo estatal.
b) missão imediata: assegurar bens jurídicos

A seleção dos bens jurídicos a serem tutelados terá como norte a Constituição Federal, Carta que exerce um duplo papel: orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade e, segundo a concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com a suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados na Bíblia Política do Estado.

4. CATEGORIAS DO DIREITO PENAL

A doutrina divide o Direito Penal em categorias, destacando-se:

(A) Direito Penal Substantivo e Direito Penal Adjetivo.

Direito Penal substantivo corresponde ao direito material, que cria as figuras criminosas e contravencionais, enquanto o **Direito Penal adjetivo**, que seria o direito processual, trata das normas destinadas a instrumentalizar a atuação do Estado diante da ocorrência de um crime.

Atualmente, no entanto, a distinção não apresenta razão (ou qualquer interesse prático), ante o reconhecimento do Direito Processual Penal como ramo autônomo, dotado de regras e princípios próprios.

(B) Direito Penal Objetivo e Direito Penal Subjetivo.

Direito Penal objetivo (ou “*jus poenale*”) traduz o conjunto de leis penais em vigor no país, devendo observar a legalidade (princípio analisado em tópico próprio). **Direito Penal subjetivo** (ou “*jus puniendi*”) refere-se ao direito de punir do Estado, ou seja, a capacidade que o Estado tem de produzir e fazer cumprir suas normas¹³.

13. Em que pese o interesse teórico de tal diferenciação, na prática um sempre estará atrelado ao outro, exercendo o Estado seu direito de punir apenas e tão somente com base nas normas postas, por ele mesmo criadas. Aliás, não faltam críticos da terminologia “direito penal subjetivo”. Andreas Eisele (*in Direito Penal – Teoria do Delito*. 1 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p 48) nos ensina que o termo “direito subjetivo” para a designar o poder político de controle (império ou soberania) estatal é equivocado. Tal “direito subjetivo” teria seu fundamento (ou origem) no conteúdo do ordenamento jurídico, e a relação jurídica correspondente se estabeleceria nos moldes das obrigações que vinculam direitos e deveres recíprocos, conforme o paradigma teórico do Direito Privado. Parece inadequado a adoção dos conceitos do Direito Privado para explicar o controle social institucionalmente formalizado, pois esta é uma característica essencial ao Estado, cujos princípios jurídicos orientadores de sua atuação têm natureza de Direito Público, e não Privado. Por estes motivos, a adoção da terminologia “direito penal subjetivo” é inadequada para denominar a relação entre indivíduo e Estado no âmbito penal, pois trata-se de um poder de controle e intervenção ao qual o indivíduo

O **Direito Penal subjetivo** pode ser subdividido em: (i) Direito Penal subjetivo positivo, que vem a ser capacidade conferida ao Estado de criar e executar normas penais¹⁴; e (ii) Direito Penal subjetivo **negativo**, caracterizado pela faculdade de derrogar preceitos penais ou restringir o alcance das figuras delitivas, atividade que cabe preponderantemente ao STF, por meio da declaração de inconstitucionalidade de normas penais.

O poder punitivo do Estado, contudo, **não é incondicionado**, encontrando limites assim resumidos nos seus principais aspectos:

(i) quanto ao modo: o direito de punir deve respeito aos direitos e garantias fundamentais¹⁵, observando, por exemplo, o princípio da humanização das penas, bem como o da dignidade da pessoa humana;

(ii) quanto ao espaço: em regra, aplica-se a lei penal somente aos fatos praticados apenas no território brasileiro, prova da nossa soberania;

(iii) quanto ao tempo: o direito de punir não é eterno, sendo, em regra, limitado no tempo pelo instituto da prescrição (causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107 do Código Penal).

A este respeito, **PAULO CÉSAR BUSATO** bem lembra que o Estado não é absolutamente livre para fazer uso desse poder de castigar através de emprego da lei. Sua tarefa legislativa, e de aplicação da legislação, encontram-se limitadas por uma série de balizas normativas formadas por postulados, princípios e regras, tais como a legalidade, a necessidade, a imputação subjetiva, a culpabilidade, a humanidade, a intervenção mínima, e todos os demais direitos e garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a necessidade de castigo¹⁶.

está sujeito, e não de uma relação obrigacional de direitos e deveres recíprocos. Portanto, é mais adequada a denominação “poder” de intervenção penal, cujo conteúdo específico corresponde ao instituto conhecido no âmbito do senso comum teórico como punibilidade. Devido à impropriedade técnica da expressão “direito penal subjetivo”, a denominação do ordenamento jurídico-penal em sua expressão legal (ou seja, o Direito Penal positivado em lei) como “Direito Penal Objetivo” deixa de ter utilidade, eis que sua finalidade principal é diferenciar a lei penal (que é um aspecto formal) do poder punitivo estatal (que é um aspecto material).

14. Nesse tanto, merecem ser lembradas as **criminalizações primária e secundária**. A **criminalização primária** diz respeito ao poder de criar a lei penal e introduzir no ordenamento jurídico a tipificação criminal de determinada conduta. A **criminalização secundária**, por sua vez, atrela-se ao poder estatal para aplicar a lei penal introduzida no ordenamento com a finalidade de coibir determinados comportamentos antissociais. Na definição de Zaffaroni, criminalização primária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” e a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente” (ob. cit. p. 43).
15. Como bem explica J. J. Gomes Canotilho, mesmo nos casos em que o legislador se encontre constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, permanecerá vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias do homem e do cidadão (cf. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, p. 418-420).
16. Direito Penal – Parte Geral, Ed. Atlas, 2013, SP, p. 3/4.

É sabido, ainda, que o *jus puniendi* é de titularidade **exclusiva** do Estado, ficando proibida a justiça privada¹⁷.

Embora seja esta a regra, há clara **exceção** no artigo 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), que enuncia:

“Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

Note-se que, nesta hipótese específica, o Estado conferiu a ente não estatal a aplicação de sanção penal, impondo, ao final, restrições, ainda que mínimas. O Tribunal de Justiça de Roraima já reconheceu a sanção imposta nesses termos e afastou, sob pena de *bis in idem*, a punição estatal:

“- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado. – A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem. – O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte. – Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF. – Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do *jus puniendi* de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil. – Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.”¹⁸

17. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, usurpando prerrogativa dos magistrados, caracteriza crime (exercício arbitrário das próprias razões, art. 345 do CP). Quanto à possível menção ao instituto da legítima defesa e à ação penal privada como exceções a essa titularidade, refuta de imediato Flávio Monteiro de Barros, observando, não sem razão, que, “na legítima defesa, o Estado confere ao particular o direito de defender-se, e não o direito de aplicar a sanção penal (*jus puniendi*). E, nos crimes de ação penal privada, o particular exerce apenas o *jus perseguendi*, pois o poder de punir (*jus puniendi*) é indelegável, sendo, portanto, privativo do Estado” (Ob. cit., p. 07).
18. ACr 0090100003020, Rel. Des. Mauro Campello, j. 18/12/2015. Ousamos discordar da solução aplicada pelo referido Tribunal. A sanção penal imposta pelo Estado ao indígena deve respeitar a sua

Por fim, merece registro o **Tribunal Penal Internacional**, criado pelo Estatuto de Roma¹⁹, “*instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional*”, com caráter “*complementar às jurisdições penais nacionais*” (art. 1º).

O Tribunal tem competência **subsidiária** em relação às jurisdições nacionais dos países signatários e **não** representa exceção à exclusividade do direito de punir do Estado.

Como bem alerta VALÉRIO MAZZUOLI²⁰, o art. 1º do referido Estatuto consagrou o **princípio da complementaridade**. O TPI não pode intervir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, que continuam tendo a responsabilidade de investigar e processar os crimes cometidos pelos seus nacionais, salvo nos casos em que os Estados se mostrem incapazes ou não demonstrem efetiva vontade de punir os seus criminosos. Em outras palavras, o TPI será chamado a intervir **somente** se e quando a justiça repressiva interna falhe, seja omissa, insuficiente²¹.

(C) Direito Penal de Emergência, Direito Penal Promocional e Direito Penal Simbólico

Movido pela sensação de insegurança presente na sociedade, o **Direito Penal de Emergência**, atendendo demandas de criminalização, cria normas de repressão, afastando-se, não raras vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, assumindo feição nitidamente punitivista, ignorando as garantias do cidadão.

Esquecendo a real missão do Direito Penal, o legislador atua pensando (quase que apenas) na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a (ilusória) sensação de tranquilidade. Permite a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena. Vejam, por exemplo, a Lei 14.155/21, criada com a missão de incrementar a punição das fraudes digitais, crimes que, de fato, cresceram, assustadoramente, na pandemia do coronavírus. O furto mediante fraude digital e o estelionato por meio digital contra pessoa idosa ou vulnerável pode sofrer pena que varia de 8 a 16 anos, ou seja, maior do que a pena do homicídio doloso!

cultura. Para tanto, serão considerados: primeiro, a proporcionalidade da pena aplicada dentro da aldeia, com espeque nos direitos humanos, inclusive com a fixação de critérios objetivos de execução da resposta penal, evitando, em especial, hipertrofia da punição; e, segundo, no caso de dupla punição (da aldeia e do Estado), a sanção da aldeia não seja ignorada pelo Estado-Juiz, podendo atenuar a pena imposta pelo Poder Judiciário, quando heterogêneas, ou nela computada, quando homogêneas, ou deixar de aplicá-la quando cumpridos os requisitos legais. Sugerimos, nesse cenário, a aplicação por analogia do art. 8º do CP, criado para resolver dupla punição nos casos de crimes cometidos no estrangeiro, mas alcançados também pela lei brasileira.

19. Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através do decreto nº 4.388/2002.

20. *O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 10.

21. Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina discordam, lecionando que o Tribunal Penal Internacional também constitui exceção ao monopólio estatal sobre o direito de punir, já que o agente é submetido a julgamento por um órgão supranacional (ob. cit. p 137).

Criticado pela doutrina, o **Direito Penal Promocional** (político ou demagogo) surge quando o Estado, visando concretizar seus objetivos políticos, emprega as leis penais como instrumento, promovendo seus interesses, estratégia que se afasta do mandamento da intervenção mínima, podendo (e devendo) valer-se, para tanto, dos outros ramos do Direito. É equivocada a utilização do Direito Penal como ferramenta de transformação social. Até 2009, a mendicância era infração penal!

No que se refere à expressão “caráter simbólico” do Direito Penal, Andreas Eisele ensina que abrange um âmbito de ambiguidade no qual se incluem sentidos relativamente contraditórios. Em uma perspectiva de conotação positiva, designa um efeito de assimilação cultural, mediante o qual alguns destinatários das normas aderem voluntariamente a seu conteúdo e as adotam como pauta ética, em decorrência do que se abstêm de praticar as condutas proibidas ou realizam as condutas obrigatórias. Conforme outra acepção, de cunho negativo, designa uma forma de utilização aparente dos instrumentos de controle penal, sem lhes conferir eficácia material. Isto decorre da mera veiculação de normas mediante a edição de leis sem a implementação dos meios do sistema penal necessários para a obtenção de sua eficácia material (informação e educação dos destinatários das normas, estruturação e exercício do poder de polícia, instrumentalização do Ministério Público e do Poder Judiciário, disponibilização e estruturação de recursos ao sistema de execução penal etc.), acarretando uma intervenção meramente formal (simulada ou aparente)²².

(D) Direito de Intervenção

Membro da Escola de Frankfurt, **Winfried Hassemer** é o maior expoente do **Direito de Intervenção**. Parte da premissa de que o Direito Penal não deve ser alargado, mas utilizado apenas na proteção de bens jurídicos individuais (vida, integridade física, liberdade individual, honra, propriedade etc.) e daquelas que causem perigo concreto.

As infrações de índole difusa (ou coletiva) e causadoras de perigo abstrato seriam tuteladas pela Administração Pública, por meio de um sistema jurídico de garantias materiais e processuais mais flexíveis, sem risco da privação de liberdade do infrator. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, nasce o **Direito de Intervenção**.

Para Hassemer, esta seria a melhor maneira de combater a criminalidade moderna, responsável pelos crimes repletos de novos contornos, condutas delitivas que demandam tratamento mais amplo e célere. Esta administrativização do direito penal evitaria a impunidade e a sua transformação em um direito penal simbólico.

Figueiredo Dias, de forma crítica, ensina que o **Direito de Intervenção** seria uma **inversão** temerária dos princípios da **subsidiariedade** e da **proporcionalidade**, uma vez que relegaria à seara mais suave do ordenamento jurídico justamente às infrações que colocam em maior risco a estrutura da sociedade.

Andreas Eisele é ainda mais claro e didático na explanação da pertinente crítica:

“O problema de tal proposta é que, como as condutas que se pretende incluir nessa categoria são realizadas por pessoas que possuem capacidade econômica suficiente para realizar atividades

22. *Ob. cit.* p. 59.

socialmente significativas, se estabelece uma diferenciação de tratamento estatal devido às características econômicas das pessoas que deveriam ser afetadas pela atuação do Estado, e tal diferenciação é ilegítima em um Estado democrático, no qual o tratamento estatal deve ser orientado pela igualdade dos cidadãos. A instituição de uma diferenciação de tratamento jurídico entre setores econômicos consolidaria a desigualdade social no âmbito jurídico, pois os atores de cada grupo de atividades seriam tratados de forma distinta pelo Estado, inclusive porque no âmbito simbólico tal “Direito de Intervenção” não teria a mesma conotação cultural do Direito Penal, o que equivaleria a uma forma de “descriminalização” de tais fatos.

Na prática, inclusive, a restritividade de tal forma de intervenção não seria intermediária entre o Direito Penal e o Administrativo, mas sim inferior ao próprio Direito Administrativo, pois a inclusão de um maior nível de formalidade para a aplicação das consequências jurídicas do fato (decorrente de sua jurisdicionalização), que em seu conteúdo não diferem de outras medidas que podem ser aplicadas pela Administração (eis que as sanções administrativas podem consistir em restrições de direitos e multa, que são as outras modalidades de sanções penais distintas da privação de liberdade), reduz o poder de intervenção estatal em âmbitos superiores aos definidos pelo Direito Administrativo para a aplicação de sanções similares. Consequentemente, tais fatos, cuja repercussão social é inclusive mais ampla que a dos de expressividade individual (por exemplo, os que atingem a vida, a liberdade e a propriedade), não apenas seriam regulamentados por um instrumento jurídico de consequências menos rigorosas que o Direito Penal, como inclusive seriam processados por um sistema mais formalizado que o Direito Administrativo, de modo que sua solução jurídica seria menos restritiva que qualquer destes dois âmbitos jurídicos.

Portanto, além de politicamente ilegítima, por acarretar uma inversão no sistema de proporcionalidade entre a gravidade social dos fatos e suas consequências jurídicas, tal proposta é constitucionalmente inadequada em um Estado Social e Democrático de Direito, devido às desigualdades que seriam implementadas por sua adoção, pois as pessoas que viessem a praticar tais espécies de condutas (de consequências transindividuais) teriam um tratamento menos rigoroso que as que viessem a realizar delitos contra bens jurídicos de configuração individual”²³.

(E) Direito Penal como Proteção de contextos da vida em sociedade

Formulada por **Günther Stratenwerth**, esta perspectiva do Direito Penal se opõe ao que pretende **Winfried Hassemer**. Para **Stratenwerth**, deve-se relegar ao segundo plano a proteção dos interesses estritamente individuais, dando-se enfoque máximo à proteção dos interesses difusos, da coletividade, protegendo-se as futuras gerações.

23. *Ob. cit.*, p. 73.

A noção de bem jurídico é superada, sendo substituída pela **tutela direta de relações ou contextos de vida**. Converte-se, com isso, o Direito Penal (que, em regra, reage *a posteriori*, contra um fato lesivo individualmente delimitado) a um **direito de gestão punitiva de riscos gerais**.

Parcela importante da doutrina critica esta proposta, vislumbrando nela uma aproximação indesejada com o direito penal do inimigo, na medida em que pugna por uma expansão do direito penal cumulada com a antecipação das punições como forma de proteger a sociedade.

(F) Direito penal garantista (modelo de Luigi Ferrajoli)

A Constituição é o fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais, que deverão respeitar os direitos fundamentais nela consagrados²⁴. As garantias dividem-se em:

(i) **Primárias**: são os limites e vínculos normativos impostos, na tutela do direito, ao exercício de qualquer poder (ex: proibições e obrigações, formais e substanciais).

(ii) **Secundárias**: são as diversas formas de reparação subsequentes às violações das garantias primárias (ex: anulabilidade dos atos inválidos e responsabilidade por atos ilícitos).

O garantismo estabelece critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando normas ou formas de controle social que se sobreponham aos direitos e garantias individuais. Assim, o garantismo exerce a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas, utilizando-se dos direitos fundamentais, que adquirem *status* de intangibilidade²⁵.

A teoria garantista penal de FERRAJOLI tem sua base fincada em dez **axiomas** ou **implicações deônticas** que não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Cada um dos axiomas do garantismo proposto por LUIGI FERRAJOLI se relaciona com um princípio. Vejamos:

Axioma	Princípio correlato
<i>Nulla poena sine crimine</i>	Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito
<i>Nullum crimen sine lege</i>	Princípio da legalidade
<i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>	Princípio da necessidade ou da economia do direito penal

24. Alertamos que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Nesse sentido: STF – HC 104.410/RS.

25. Cf. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 2ª Edição ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 19. Esta obra citada, em edições anteriores, já tinha servido de norte para o estudo do garantismo e, por lapso deste autor, omitiu-se a devida citação, razão pela qual, publicamente, peço escusas aos professores Salo e Amilton.

Axioma	Princípio correlato
<i>Nulla necessitas sine injuria</i>	Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento
<i>Nulla injuris sine acione</i>	Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação
<i>Nulla actio sine culpa</i>	Princípio da culpabilidade
<i>Nulla culpa sine judicio</i>	Princípio da jurisdicionariedade
<i>Nullum judicio sine accusatione</i>	Princípio acusatório
<i>Nullum accusatio sine probatione</i>	Princípio do ônus da prova ou da verificação
<i>Nulla probatio sine defensione</i>	Princípio da defesa ou da falseabilidade

Antes de encerrar este tópico, é de suma importância diferenciar *direito penal mínimo* do *abolicionismo*. Ambos discutem a legitimidade do Direito Penal, porém de formas e perspectivas diferentes. O primeiro (direito penal mínimo) propõe a diminuição do âmbito da intervenção estatal, enquanto o segundo (abolicionismo), a total exclusão de tal instrumento de controle. A teoria garantista que acabamos de estudar incentiva o direito penal mínimo, a diminuição da intervenção do estado em contrapartida ao aumento das garantias do cidadão. Sua confusão com abolicionismo não tem cabimento.

5. “PRIVATIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL

A “privatização” do direito penal é a expressão utilizada por parte da doutrina para destacar o (atual e crescente) **papel da vítima** no âmbito criminal.²⁶

Depois de anos relegados ao segundo (ou terceiro) plano, inúmeros institutos penais e processuais penais foram criados sob o enfoque da vítima, preponderando seu interesse sobre o punitivo do Estado.

O dano causado pelo crime finalmente encontra-se na linha de ação do juízo criminal. Parece-nos que o divisor de águas veio com a criação da Lei 9.099/95, prevendo uma etapa de composição civil entre os envolvidos no crime, acordo que, uma vez homologado, conduz à renúncia do direito de queixa ou representação (art. 74 da Lei dos Juizados Especiais²⁷).

A extinção da punibilidade no cumprimento da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) ou *sursis* (art. 81 do CP) depende da reparação do dano gerado para a vítima.

A Lei 9.714/98 criou como pena alternativa à prisão a prestação pecuniária (art. 45, § 1º, CP), anunciando como possíveis destinatários a vítima ou seus dependentes.

A Lei 11.719/08 autorizou o juiz criminal, no momento da sentença condenatória, a fixar o quantum mínimo indenizatório para reparar os danos causados pela prática da infração penal (art. 387, IV, CPP).

26. O tema vítima será explorado com mais profundidade adiante, mais precisamente no primeiro capítulo da parte 2 deste Manual.

27. Lei nº 9.099/95. Art. 74. *A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.*

Está-se criando campo fértil no cenário jurídico-penal para a **Justiça Consensual**, caracterizada como uma nova perspectiva na solução do conflito instaurado pela violação da norma penal.

Trata-se de uma forma diferente de encarar o crime e os personagens nele envolvidos, sobressaindo a **reassunção**, pelas partes, do poder sobre as decisões a serem tomadas após a prática do delito – poder este tradicionalmente “usurpado” pelo Estado, que historicamente alijou a vítima, valorizando um sistema punitivo imparcial.

Este sistema é marcado pelo surgimento de uma “**terceira via**”, quebrando a dualidade da função da pena, até então restrita à retribuição e prevenção, incluindo a reparação como nova possibilidade.

ROGÉRIO GRECO, lembrando as lições de **ULFRID NEUMANN**, bem observa:

“Recentemente, a introdução da relação autor-vítima-reparação no sistema de sanções penais nos conduz a um modelo de ‘três vias’, onde a reparação surge como uma terceira função da pena conjuntamente com a retribuição e prevenção”²⁸.

A Justiça Consensual fica evidente em outros institutos não menos importantes, como na colaboração premiada e no acordo de não-persecução penal, encerrando modalidades diferentes de consenso, tendo como norte igualmente a reparação de danos para a vítima.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: MODALIDADES			
TRANSAÇÃO PENAL	SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	COLABORAÇÃO PREMIADA	ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL
Lei 9.099/95 (art. 76)	Lei 9.099/95 (art. 89)	Lei 12.850/2013 (arts. 4º, e ss)	CPP (art. 28-A CPP)
MP oferece para o autor dos fatos (devidamente assistido) medida despenalizadora que, se aceita e cumprida, evita o oferecimento de denúncia ou queixa-crime.	MP oferece para o réu (devidamente assistido) condições que, se aceitas e cumpridas, evitam sentença, extinguindo o direito de punir do Estado.	O MP ou Delegado* negociam com o integrante de organização criminosa (devidamente assistido) sua colaboração em troca de um prêmio, que pode ser o perdão judicial, a redução de penas, excepcionalmente, o arquivamento da investigação pelo MP, ou ainda a imposição de sanções penais atípicas, como o recolhimento domiciliar (STJ – Processo em segredo de justiça, Rel. Min. Raul Araújo, j. 23/11/2023).	O MP propõe ao investigado (devidamente assistido) medidas (condições) que, se aceitas e cumpridas, evitam o oferecimento de denúncia, extinguindo a punibilidade

28. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol1. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 34.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: MODALIDADES			
TRANSAÇÃO PENAL	SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	COLABORAÇÃO PREMIADA	ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL
Envolve crimes de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a 2 anos).	Envolve crimes de médio potencial ofensivo (pena mínima não superior a 1 ano).	Abrange crimes envolvendo organizações criminosas.	Envolve crimes sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos. São excluídos os crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.
É instituto pré-processual, concedido antes do processo ser iniciado.	É instituto processual, concedido após o processo ser iniciado.	Pode ser concedida de forma pré-processual, processual e até mesmo na fase de execução penal.	É instituto pré-processual (concedido antes do processo ser iniciado).
Não pressupõe confissão ou reconhecimento de culpa por parte do autor dos fatos.	Não pressupõe confissão ou reconhecimento de culpa por parte do acusado.	Pressupõe confissão e reconhecimento de culpa por parte do colaborador.	Pressupõe confissão do investigado.

* Os novos elementos normativos presentes no art. 3º-A da Lei 12.850/13 indicam que, embora não esteja proibida a atuação de delegados de polícia nas tratativas e na negociação com colaboradores, estes órgãos não podem celebrar o ato negocial, qualificado textualmente como processual, seu *locus* imediato. Com isso, com a segurança e estabilidade necessárias de um negócio jurídico, somente o Ministério Público poderá efetivamente instrumentalizar ou conformar o acordo, com especificação de suas cláusulas obrigacionais recíprocas. Caminhando nesse sentido, o STF decidiu que a atribuição do Delegado de Polícia para firmar acordo se limita à fase de investigação, dependendo de ratificação do MP. Considerada a estrutura acusatória dada ao processo penal conformado à Constituição Federal, a anuência do Ministério Público deve ser posta como condição de eficácia do acordo de colaboração premiada celebrado pela autoridade policial (STF, Pet 8482 AgR / DF, rel. min. EDSON FACHIN, j. em 31/05/2021, p. em 21/09/2021).

6. AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

A noção de “velocidades do Direito Penal” foi idealizada por **JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ**. Trabalha com o tempo que o Estado leva para punir o autor de uma infração penal, mais ou menos grave.

(A) A **1ª velocidade** enfatiza as infrações penais mais graves, punidas com penas privativas de liberdade, exigindo, por este motivo, um procedimento mais demorado, que observa todas as garantias penais e processuais penais.

(B) Já a **2ª velocidade** relativiza, flexibiliza direitos e garantias fundamentais, possibilitando punição mais célere, mas, em compensação, prevê como consequência jurídica do crime sanção não privativa de liberdade (penas alternativas).

(C) Fala-se ainda na **3ª velocidade** do Direito Penal, mesclando-se as duas anteriores. Defende a **punição** do criminoso com **pena privativa de liberdade** (*1ª velocidade*), permitindo, para determinados crimes (tidos como mais graves), a **flexibilização ou eliminação** de direitos e garantias constitucionais (*2ª velocidade*), caminho para uma rápida punição (como exemplo, temos a legislação relativa ao terrorismo).

O Estado responde de forma intensa (nem sempre sinônimo de justiça) e célere. Essa velocidade está presente na condução do Direito Penal do Inimigo.

Em resumo:²⁹

	1ª Velocidade	2ª Velocidade	3ª Velocidade
Espécie de sanção penal	Penas privativas de liberdade	Penas alternativas	Penas privativas de liberdade
Procedimento	Garantista	Flexibilizado	Flexibilizado

29. Hoje temos doutrina anunciando a 4ª (quarta) velocidade do Direito Penal, ligada ao Direito Penal Internacional, mirando suas normas proibitivas contra aqueles que exercem (ou exerceram) chefia de Estados e, nessa condição, violam (ou violaram) de forma grave tratados internacionais de tutela de direitos humanos. Para tanto, foi criado, pelo Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional. Trata-se da primeira instituição global permanente de justiça penal internacional, com competência para processar e julgar crimes que violam as obrigações essenciais para a manutenção da paz e da segurança da sociedade internacional em seu conjunto.

Capítulo II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Sumário • 1. Introdução; 2. Vingança Penal; 2.1 Vingança divina; 2.2 Vingança privada; 2.3 Vingança pública; 3. Direito Penal na Grécia Antiga; 4. Direito Penal em Roma; 5. Direito Penal Germânico; 6. Direito Penal na Idade Média; 7. A Idade Moderna, o período humanitário e o Iluminismo; 8. Escolas Penais; 8.1. A Escola Clássica; 8.2. A Escola Positiva; 8.3. A Escola Alemã; 8.4. *Terza Scuola*; 9. A moderna doutrina penal; 10. História do Direito Penal Brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

Embora o Direito Penal tenha sua origem vinculada à própria organização do homem em sociedade, não se pode considerar a existência de normas penais sistematizadas em tempos primitivos. Nesse período, o castigo não estava relacionado à promoção de justiça, mas vingança, revide contra comportamento de alguém, abundando penas cruéis e desumanas. Era a fase da Vingança Penal, dividida em: vingança divina, vingança privada e vingança pública.

2. VINGANÇA PENAL

2.1. Vingança divina

Nas sociedades primitivas, a percepção do mundo pelos homens era muito mitigada, carregada de misticismos e crenças em seres sobrenaturais. Não se tinha conhecimento de que ventos, chuvas, trovões, raios, secas etc. decorriam de leis da natureza, levando pessoas a acreditarem que esses fenômenos eram provocados por divindades que os premiavam ou castigavam pelos seus comportamentos. Essas divindades com poderes infinitos e capazes de influenciar diretamente na vida das pessoas eram os Totens, sendo essas sociedades chamadas Totêmicas¹.

Quando membro do grupo social descumpria regras, ofendendo os “totens”, era punido pelo próprio grupo, que temia ser retaliado pela divindade. Pautando-se na satisfação divina, a pena era cruel, desumana e degradante.

2.2. Vingança privada

Nessa fase, uma vez cometido o crime, a reação punitiva partia da própria vítima ou de pessoas ligadas ao seu grupo social, não se relacionando mais às divindades.

Por não haver regulamentação por parte de um órgão próprio, a reação do ofendido (ou do seu grupo) era normalmente desproporcional à ofensa, ultrapassando a pessoa do delinquente, atingindo outros indivíduos a ele ligados de alguma forma, acarretando frequentes conflitos entre coletividades inteiras.

Em vista da evolução social, mas sem se distanciar da finalidade de vingança, o **Código de Hamurabi**, na Babilônia, traz a regra do **talião**, onde a punição passou a

1. SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal – Criminologia, Princípios e Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4.

ser graduada de forma a se igualar à ofensa. Todavia, esse sistema, embora adiantado em relação ao anterior, não evitava penas cruéis e desumanas, fazendo distinção entre homens livres e escravos, prevendo maior rigor para os últimos, ainda tratados como objetos².

O talião também foi aplicado na Lei das XII Tábuas (*Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de talião – Tábua VIII, inc. II*).

Nessa altura, tem-se notícia das penas aplicadas por povos do Círculo Polar Ártico. Tais pessoas utilizavam-se das chamadas penalidades burlescas, satíricas ou sarcásticas, segundo as quais o autor dos delitos era exposto ao escárnio coletivo.

Nos séculos XV e XIV a.C. noticia-se a descoberta das Leis Assírias. Indica-se pela primeira vez a elaboração da responsabilidade subjetiva, que se sobrepõe à objetiva, que era a base da Lei de Talião.

Por fim, nas Leis de Moisés e no Direito Hebreu houve nova evolução na questão das penas. O Direito hebreu primava pela não diferenciação de penas em relação às pessoas que cometiam o crime; a punição independia da classe social. Havia certo abrandamento das penas de acordo com o tipo de delito, restringindo-se as capitais aos crimes contra a divindade e contra a moral e os bons costumes. A reprimenda, porém, ainda ultrapassava a figura daquele que cometia o delito, chegando à quarta geração da família, e era pautada pela vingança, direito do agredido. Moisés, por sua vez, buscava a mitigação da resposta punitiva e a eliminação da pena capital.

2.3. Vingança pública

A fase da **vingança pública** revela maior organização societária e fortalecimento do Estado, na medida em que deixa de lado o caráter individual da punição (perturbador maior da paz social) para que dela se encarreguem as autoridades competentes, ficando legitimada a intervenção estatal nos conflitos sociais com aplicação da pena pública. A pena pública tinha por função principal proteger a própria existência do Estado e do Soberano, tendo como delitos principais os de lesa-majestade e, sucessivamente, os que atacassem a ordem pública e os bens religiosos ou públicos, tais como o homicídio, as lesões corporais, os crimes contra a honra, contra a propriedade etc.³. Nem por isso, entretanto, as sanções perderam o seu aspecto cruel e violento (ex: morte por decapitação ou forca), transcendendo, em alguns casos, a pessoa do culpado, atingindo descendentes por diversas gerações.

3. DIREITO PENAL NA GRÉCIA ANTIGA

Na Grécia não existem escritos a propiciar análise aprofundada da legislação penal então existente, senão algumas passagens em obras filosóficas.

Por meio dessas obras, pôde-se notar que o direito penal grego evoluiu da vingança privada, da vingança religiosa para um período político, assentado sobre uma base moral e civil.

2. Código de Hamurabi também trazia hipóteses de composição, em que, em razão da lesão, o ofensor deveria pagar determinada quantia (§ 204).
3. SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal – Criminologia, Principios e Cidadania*. Ob. cit., p. 6-7.

De acordo com SMANIO e FABRETTI,

“não se pode olvidar que os filósofos gregos trouxeram à tona questões geralmente ignoradas pelos povos anteriores, como, por exemplo, qual seria a razão e o fundamento do direito de punir e qual seria a razão da pena. As opiniões mais conhecidas são de Platão e Aristóteles, o primeiro nas *Leis* e *Protágoras*, o segundo na *Ética à Nicomaco* e na *Política*”⁴.

É no século VII a.C. que nascem as expressões “pena draconiana” e “lei draconiana”, quando Dracon, o primeiro legislador ateniense, opta pela pena de morte a todo e qualquer tipo de delito, independentemente de sua gravidade: a pena de morte.

Com Pitágoras, a lógica matemática atinge também a forma de punição jurídica, trazendo um efeito retributivo que se contrapõe ao mal produzido e o sana em proporção. Protágoras buscou um efeito intimidativo para a pena, baseando-se nas lições de Platão. A pena serviria para intimidar o autor e a sociedade, visando à correção dos rumos de comportamento não apenas do delinquente, mas também dos demais indivíduos.

Platão trabalha com o conceito da “doença da delinquência”, não no sentido patológico, mas de dano social. A pena seria uma espécie de remédio para curar esta doença. A finalidade da punição é a intimidação. Sustenta a existência do castigo não pelo fato de alguém ter delinquido (punição), mas para que exista um efeito social, ou seja, para que ninguém mais pratique delitos.

Também no sentido intimidativo da pena é que surge o pensamento de Epicuro, que igualmente lança mão do princípio utilitarista que surgiu pouco antes com Aristóteles, trazendo a doutrina de que apenas a necessidade faria com que o Estado utilizasse as penas, que deveriam ser dispensadas quando desnecessárias.

Aristóteles elencava como responsáveis pela delinquência a avareza, as necessidades econômicas e a intenção do aumento da riqueza. Afirmava que a educação era a base para evitar que essas circunstâncias levassem ao delito, e que a sensação da impunidade também podia conduzir a pessoa à prática do crime.

4. DIREITO PENAL EM ROMA

Roma viveu também as fases da vingança (privada, divina até chegar na vingança pública), separando, a exemplo dos gregos, o Direito da Religião.

Dividiu os delitos em **públicos** (*crimina publica*), violadores dos interesses coletivos (ex.: crimes funcionais, homicídio), punidos pelo *jus publicum* com penas públicas, e **privados** (*delicta privata*), lesando somente interesses particulares (ex: patrimônio), punidos pelo *jus civile* com penas privadas.

Nos primórdios de Roma existia uma forma particular de Direito, onde o *pater familias* dispunha de amplos poderes sobre seus familiares e escravos, aplicando as punições como lhe conviesse. A forma de repressão e de imposição de punições era ainda baseada na atuação militar imposta pelos imperadores e pelo *coercitio*, uma espécie de juiz.

Essa estrutura se modifica na República (509 a.C.). Com o surgimento da Lex Valeria – que, calcula-se, surgiu por volta de 500 a.C –, as condenações capitais passaram a ser decididas pelo *iudicium populi*, um julgamento popular feito em praças públicas.

4. Ob. cit., p. 15.

Findando a República, são elaboradas outras leis penais, como as denominadas *leges Corneliae* (82-80 a.C – baseadas no nome de seu autor, Cornélio Sila). Além delas, surgem as *leges Juliae*, de César e Augusto.

A estrutura de imposição da justiça altera-se em Roma a partir de então. A vingança privada não mais existe. O Estado se ocupa dos julgamentos penais, com exceção das questões disciplinares domésticas, que continuam sendo dominadas pelo *pater familias*, mas não mais de forma ilimitada. Os comícios e julgamentos populares dão lugar a tribunais permanentes que realizam inquéritos presididos por magistrados. São as chamadas *questiones perpetuae*. A acusação não é papel do Estado, mas feita por qualquer cidadão que leva a questão para o tribunal. A pena capital é praticamente extinta, e as reprimendas devem estar previamente cominadas, assim como os delitos (origina-se daí o princípio da reserva legal).

Já no século III d.C., no império de Augusto, altera-se novamente a forma de atuação do Direito Penal Romano com a substituição da acusação privada por uma acusação formal estatal. É o que se chama “processo extraordinário” (*cognitio extraordinarem*). A acusação é feita pelo Senado ou por funcionários imperiais e existe uma grande liberdade para a apreciação dos delitos e também para a fixação das penas. Surgem os chamados “crimes extraordinários”, bastante específicos e tratados de forma diferente dos delitos particulares. Ressurgem as penas capitais, que já não eram mais praticadas até o imperador Adriano (117-138 d.C.). Durante esta fase do Império, há o direito ao recurso, impede-se a tortura e a pena passa a ter função pública. Surge ainda a diferenciação entre culpa e dolo.

5. DIREITO PENAL GERMÂNICO

O Direito Germânico contribuiu imensamente para a evolução do Direito Penal, considerado pela doutrina fonte do Direito Penal da Transição.

Trazia como pena mais grave a *Friedlosigkeit*, extremamente peculiar e não mais vista em outros ordenamentos, em razão da qual o delinquente, quando sua infração ofendia os interesses da comunidade, perdia seu direito fundamental à vida, podendo qualquer cidadão matá-lo. Quando a infração atingia apenas uma pessoa ou família, o direito penal germânico fomentava o restabelecimento da paz social por via da reparação, admitindo, também a vingança de sangue (*faida*).

Por fim, alertam SMANIO e FABRETTI:

“O predomínio Germânico estendeu-se do século V ao XI d. C, entretanto, com o advento das invasões bárbaras, os costumes jurídico-penais dos germânicos chocaram-se com os institutos jurídicos romanos, sendo que estes últimos eram muito mais evoluídos, de tal forma que o Direito Germânico foi modificando suas estruturas por influência do direito dos vencedores.

Assim, depois das invasões, o Direito Penal Germânico caracteriza-se por um crescente poder do Estado, sendo que a autoridade pública afirma-se e substitui a vingança privada (*faida*), de modo que se nos tempos primitivos conceder a paz era uma faculdade do ofendido, nesse momento passa a ser obrigatório e as condições são fixadas pelo Juiz-Soberano.”⁵.

5. Ob. cit., p. 19.

6. DIREITO PENAL NA IDADE MÉDIA

Após a queda do Império Romano no Ocidente (476 d.C.), ocorre uma reviravolta na forma de observar a pena, com retrocesso para o castigo privado. Volta-se à ideia do Direito Privado e da vingança na fixação da pena ao infrator. A composição é possível, mas pode gerar a pena capital se o infrator não consegue indenizar a vítima. Na realidade, trata-se de um reflexo da origem do Direito Germânico primitivo, que pode ser dividido em duas etapas: a época germânica e a época franca (monarquia franca – 481 d.C.).

Apenas com a evolução e a intervenção dos reis na fixação das penas é que surgem as ideias de penas públicas; surge também a ponderação entre a possibilidade de o ofendido aceitar a composição civil e a necessidade de o rei impor a pena pública.

O Direito Penal com penas públicas passa então a ser fortalecido com a dinastia carolíngia (751-911 d.C.), ganhando destaque as leis *Capitulares* de Carlos Magno (768-814 d.C.). Iniciam-se, porém, após a queda do Império Romano, penas públicas como verdadeiras barbáries (penas capitais, mutilações, decapitações, imersões no azeite fervendo), em que o delinquente é considerado o inimigo público a ser banido. A atuação dos juízes é arbitrária e a segurança jurídica perde muito em relação ao Direito Penal romano.

O Direito Canônico, a teologia e a teocracia surgiram com o Cristianismo e a partir de então exerceram grande influência na fixação das penas e na visão do criminoso. Ainda na época de Constantino (313 d.C.), durante o Império Romano, o Direito Canônico cresce em influência no Direito Penal, fato este que passa a se acentuar a partir de 379 d.C. com a fixação do Cristianismo como a única religião do Estado. Apenas Deus poderia castigar. A pena é considerada expiação, mas na busca da redenção, da penitência, do arrependimento daquele que cometeu o delito e, portanto, pecou em face de Deus. A gravidade do delito era medida pela gravidade da intenção, ou seja, pelo maior ou menor pecado cometido.

É importante fixar que o Direito Canônico se baseou também no livre arbítrio do homem. Com a filosofia de Santo Agostinho (354-430), a concepção de liberdade ainda não era total em vista da crença de que o homem não nasce totalmente livre, uma vez que traz consigo o pecado original. Apenas depois de vários séculos, já com Santo Tomás de Aquino (1225-1274), a filosofia canônica entende o livre arbítrio como total, expressando o teólogo que “o homem é livre e consciente por si mesmo”.

Parte fundamental do Direito Canônico foi a busca da retomada da concepção de igualdade entre os homens, que surgira no Direito Romano e foi atacada posteriormente pelas penas bárbaras. Retoma-se a justiça pública em contraposição à justiça privada do Direito Germânico. O Direito Canônico também cria a internação, figura precursora da penitenciária.

A Idade Média foi marcada pela forma de inquérito comandada pelos bispos, que visitavam os povoados e, por meio de questionamentos a determinadas pessoas, chegavam à conclusão de ter ou não ocorrido o crime (*inquisitio generalis*) e de quem o teria praticado (*inquisitio specialis*), com a posterior possibilidade de confissão do acusado. Essa forma de inquérito ganhou domínios que atingiram as esferas administrativa, econômica, política e religiosa de um Estado que se confundia com a religião, e perdurou durante os séculos X, XI e XII. A partir do século XII, com a figura do “soberano”, o inquérito deixa as mãos dos eclesiásticos e passa a ser conduzido pelo Estado.

Os tribunais eclesiásticos não aplicavam a pena de morte, mas entregavam o réu aos tribunais seculares. Houve, porém, disseminado uso da tortura durante a Inquisição. O

Concílio de Latrão (1215) foi o marco do surgimento do processo inquisitório, possibilitando o início do inquérito sem nenhum tipo de provocação, pública ou privada, ou seja, era instaurado de ofício. Várias situações existiam em que a pena capital era considerada branda em relação ao crime cometido. Era necessária a discussão prévia da tortura para dimensionar como o delinquente deveria morrer.

Já nos séculos XIV e XV, com o Renascimento, surgem os inquéritos que buscavam estabelecer a verdade sobre o ocorrido não apenas através de dogmas religiosos e baseados nos procedimentos de torturas (sem sequer preocupar-se com a confissão). Outros elementos são levados em consideração para apuração do crime, como a astronomia e a geografia. A tortura ainda existia, mas passa a ser exercida com a preocupação da confissão do acusado.

Marcante para a retomada do Direito Romano durante o período da Idade Média foi o surgimento dos praxistas. Em Bolonha, no período de 1088 a 1250, o Direito Penal Romano é retomado através dos trabalhos iniciados e liderados por Irnério até 1125, pelos chamados glosadores, que passaram a adotar um sentido mais prático para o Direito, com comentários assistemáticos sobre o ordenamento vigente. O praxismo desenvolveu-se posteriormente em vários países da Europa já após o período da Idade Média, atingindo os séculos XVI a XVIII.

7. A IDADE MODERNA, O PERÍODO HUMANITÁRIO E O ILUMINISMO

O Direito Penal e a concepção do crime e do delinquente sofrem grande influência do pensamento humanitário e iluminista. Marco para o Direito Penal é a obra de Hugo Grotius *De iuri belli ac pacis*, de 1625, que impõe à pena um fundamento racional. Estas concepções foram posteriormente desenvolvidas durante os séculos XVII e XVIII por jusnaturalistas que buscavam fundamentar na razão a existência do Estado, em contraposição ao que era colocado pelo Direito Romano e principalmente pelo Direito Canônico. Entendiam a pena não como retribuição, mas como uma finalidade comum para a sociedade.

THOMAS HOBBS e **JOHN LOCKE** pregavam a contraposição à justiça absoluta, indicando que as finalidades da pena eram a manutenção da obediência da população a um determinado regimento e a segurança comum; referiam-se a uma intenção intimidativa sobre a população, para que não praticasse ato semelhante ao do condenado, bem como sobre o próprio delinquente, para que entendesse as consequências da reincidência.

Período de ainda maior influência se dá no século XVIII com o surgimento dos pensadores franceses, em especial de **MONTESQUIEU** e suas célebres obras *Letres persanes* (1721) e *L'Esprit des lois* (1748). Em ambas as obras o autor faz críticas ao sistema até então vigente para o Direito Penal, buscando sua reforma e a separação de poderes, com a independência do Judiciário, concepção que fundamenta as constituições da maioria absoluta das nações até os dias atuais. Para aquele autor, a moderação na fixação das penas é inerente aos Estados modernos, nos quais o legislador acentua sua preocupação com a prevenção de novos delitos e não com a punição em si mesma, como fora outrora, principalmente durante a Idade Média. Entende que o descumprimento da legislação é fruto da impunidade, e não da moderação das penas. Sustenta os princípios da proporcionalidade das penas e da reserva legal, visando à legislação prévia ao delito.

Nesta mesma época, mas na cidade italiana de Milão, **CESARE DE BONESANA**, conhecido como **MARQUÊS DE BECCARIA**, escreve a célebre *Dei delitti e delle pene*, indicando drásticas alterações ao Direito Penal vigente. Influenciado pelas ideias de **ROUSSEAU**, defende a

proporcionalidade entre as penas e as infrações, além da proporcionalidade entre as penas e a quantidade de liberdade que é dada ao homem que passa a viver em sociedade. **BECCARIA** traz a previsão da prisão preventiva para alguns casos, combate a tortura como forma de produção probatória e defende a publicidade nas acusações. Mantém a ideia de que a finalidade da pena é impedir que o autor continue a delinquir, como também prevenir a prática do crime por outros cidadãos. Entende que a pena capital é incompatível com o contrato social.

A importância de **BECCARIA** ainda se dá em outros campos do Direito Penal na medida em que defende a clareza das leis e a disseminação do ensino (voltando às concepções de Aristóteles) para combater a prática delitiva. Defende ainda que existem ações meritórias e estas devem ser recompensadas, para que também a população opte pelas mesmas em detrimento das ações delinquentes. Afirma que a pena deve ser prontamente imposta, para que fique clara sua vinculação com o crime cometido. Finca o princípio da necessidade de fixação da pena – como **MONTESQUIEU** – e novamente defende o princípio da reserva legal em matéria penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

As concepções humanistas e iluministas provocam severas alterações legislativas através da Europa a partir da segunda metade do século XVIII. Catarina II, na Rússia, altera completamente a legislação penal em 1767. Como não poderia deixar de ocorrer, na Toscana, sob grande influência de **BECCARIA**, surge um novo código penal firmado por Leopoldo II em 1786, com o afastamento da pena capital e da tortura. Assim também se deu na Áustria com José II e na Prússia, com Frederico, o Grande.

Na França, as alterações iluministas no Direito Penal são reflexos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fazendo surgir os Códigos Penais de 1791 e 1810.

Após o período Iluminista, passaram a surgir as Escolas Penais.

8. ESCOLAS PENAIS

Sob a rubrica “escolas penais” apresentam-se diversas doutrinas que, em dado momento histórico-político, investigaram institutos como o crime, o delinquente e a pena, construindo os pilares do sistema penal de sua época.

É preciso advertir, no entanto, que a denominação “escolas” poder ser imprecisa ou generalizante em algumas situações específicas. Isto porque é possível identificar, muitas vezes, pensamentos divergentes acerca de aspectos ou conceitos relevantes dentro de uma mesma escola penal.

8.1. A Escola Clássica

Ainda na Idade Moderna surgem pensadores fundamentais para a construção da Escola Clássica e do estudo dos crimes, dos delinquentes e da pena, influenciando em muito a concepção incipiente da Criminologia.

Nessa época, **JEREMY BENTHAM** discute a questão da utilidade da pena, definindo-a como um “sacrifício necessário para a salvação comum”. A pena teria como grande finalidade a prevenção de novos delitos à medida que surgisse um temor da população em relação à sua aplicação.

FILANGIERI altera tal entendimento dizendo que a pena não poderia ter somente a função intimidativa para novos delitos, mas também deveria ter o sentido de prevenção e

defesa social, pois a razão da existência normativa é a manutenção da tranquilidade. Discute o livre arbítrio e traz a diferenciação entre dolo e culpa.

Já no final da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea surgem outros pensadores fundamentais para o Direito Penal.

ROMAGNOSI, na sua famosa obra denominada *Genesi del Diritto Penale*, nega que o fundamento para a punição do delinquente seja o contrato social proposta por **BECCARIA**. Afirmava que é

“por império da necessidade que os homens se associam, constituindo a necessidade de defesa, proporcionando a razão de ser do Direito Penal. Seria um direito de defesa indireta que deveria exercer-se mediante a punição dos delitos passados, a fim de evitar o perigo dos futuros, porque o delito é contrário ao direito que possuem os homens de conservar sua felicidade”⁶.

Na Alemanha, no mesmo período, nasce uma nova corrente de filósofos que traz outras diretrizes para a discussão.

IMMANUEL KANT, maior nome do criticismo, leciona que a base da Ética está no imperativo categórico (“tu deves”), decorrente direta e objetivamente da lei prática.

“É um mandato que não pode ser transgredido, quem obedece ao sentimento do dever trabalha moralmente, quem faz motivo por outros sentimentos (utilidade e temor) atua legalmente, porém, se a lei é vulnerada, surge a necessária consequência – a pena. Esta deverá ser igual ao mal do delito em razão do talião, a espécie e a mensuração são determinados unicamente pelos princípios de equivalência. Por outro lado, se o talião não pode ser aplicado literalmente, podem ser atingidos efeitos que igualem graduando a pena de forma inversa segundo a sensibilidade do delinquente”⁷.

HEGEL se difere de **KANT** – embora mantenha a tendência retribucionista, e traz a base que sustentaria a cultura europeia na metade do século XIX. Para ele, o delito era uma violência exercida por alguém livre; a pessoa que comete o delito nega o Direito e o viola. A pena seria a negação do delito. O Direito, através de sua força, anularia o delito. A pena, porém, faria justiça apenas quando adequada quantitativa e qualitativamente ao fato cometido.

Na Itália, o destaque desta Escola Clássica é **FRANCESCO CARRARA**. Tem como grande obra o *Programma del corso di diritto criminale* (1859). Fundamenta-se no Direito Natural, postulando que a sociedade, a autoridade e o Direito derivam de uma lei eterna de ordem que é provinda de Deus, onde se prevê a possibilidade de proibir e castigar. O direito de o Estado castigar é baseado na justiça, mas deve ser dosado pela necessidade.

O Direito Penal tem o intuito da punição e da correção do delinquente, razão por que não poderia impedi-lo de emendar-se socialmente (a pena deve ser adequada à necessidade em seu intuito de correção e do restabelecimento da ordem social violada pelo cometimento do delito).

6. COSTA, Álvaro Mayrink da. Ob. cit., p. 82.

7. COSTA, Álvaro Mayrink da. Ob. cit., p. 82.

8.2. A Escola Positiva

A Escola Positiva, sob um olhar criminológico, surge em uma época de criminalidade crescente. A Escola Naturalista já havia superado o absolutismo real, trazendo a necessidade de uma retributividade ao crime através da pena, humanizando-a e buscando sua utilidade social. Era necessário conter os abusos do absolutismo, mas novos problemas sociais haviam surgido sem que o Direito, pensado na forma naturalística, conseguisse supri-los. Existindo problemas sociais crescentes, consequentemente havia o aumento da criminalidade.

As ideias evolucionistas de **DARWIN**, **JEAN BAPTISTE LAMARCK** e **ERNST HAECKEL** influenciavam os pensadores de todas as áreas, opondo-se ao racionalismo que era admitido na Escola Clássica e sua visão naturalística, e inserindo o princípio da causalidade, buscando explicar cientificamente as ingerências sociais e individuais no mundo e na vida das pessoas.

Surge então a Escola Cartográfica, que vem a ser a precursora da chamada Sociologia Moderna e também da Criminologia Sociológica. O grande nome desta escola foi o matemático e estatístico belga **ADOLPHE QUETELET**. É dele o desenvolvimento da concepção do “homem médio”, um ser abstrato visto como tipo ideal para análises sociológicas.

“Isto levava a uma certa regularidade dos fenômenos criminais. Representa para muitos, a ponte entre a criminologia clássica e a positivista. Seus estudos numéricos do crime estimularam a discussão sobre o livre arbítrio e o determinismo, discussão centra na chamada briga das escolas”⁸.

Outros pensadores fundamentais desta tendência foram **AUGUSTE COMTE** – que criou a sociologia como ciência natural utilizando um método indutivo – **JOHN STUART MILL** e **HERBERT SPENCER**. Era inevitável a influência de tais pensadores sobre o Direito Penal. A concepção retribucionista da pena até então trazida pela Escola Clássica, com algumas intervenções como a de **FEUERBACH**, passa a ser combatida com a introdução de um sistema de “prevenção especial, com base no estudo antropológico do homem delinquente e do crime como fato social, retornando à ideia de defesa social acentuada à época do Iluminismo”⁹.

Alguns outros nomes marcaram a Escola Positiva de maneira bastante efetiva, assim como todo o desenvolvimento do estudo do crime, criminoso, vítima e controle social. Destacamos, por exemplo, Cesare Lombroso (1835-1909), médico italiano, autor da obra *L'uomo delinquente* (1876), na qual apresenta um estudo das anomalias reunidas pelo homem que delinque. Fundou a Antropologia Criminal, e reiteradamente alterou o conceito de sua obra sobre a indicação das anomalias que caracterizariam o homem delinquente. Visava uma explicação causal do delinquente, enraizando seu pensamento na tendência da experiência científica e do pensamento positivista até então dominante. Propunha que a pena tivesse um caráter intimidativo.

Importante citar, ainda, o pensamento de Enrico Ferri (1856-1929). Político socialista italiano, Ferri foi o fundador da Sociologia criminal e firmava que eram três os fatores

8. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit., p. 86.

9. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Geral, p. 45.

determinantes para o crime: antropológicos, físicos e sociais. Negava o livre arbítrio, “defendendo a impossibilidade de fundar-se no mesmo magistério punitivo, com o que se compromete o princípio da retribuição”¹⁰. Propôs uma classificação dos criminosos em natos¹¹, loucos, habituais, de ocasião e por paixão. Defende a volta do critério intimidativo para a pena.

Também da mesma época temos as importantes lições de Raffaele Garofalo (1851-1934). O crime para Garofalo está sempre no próprio indivíduo e quando é cometido, nada mais significa que a revelação da natureza do criminoso, que nele já existia há muito. Defende a retribuição através da pena, inclusive com a eliminação do delinquente. Foi fundamental para o conceito de periculosidade. A pena teria uma função de prevenção geral da sociedade e ainda uma prevenção especial para o delinquente.

A Escola Positiva italiana, como se percebe, “considerava o criminoso em sua realidade biossociológica, encarando o crime como realidade fenomênica. Assentava a responsabilidade penal na responsabilidade social, segundo Ferri, ou na periculosidade do agente, conforme Garofalo”¹².

8.3. A Escola Alemã

Na mesma época da Escola Positiva Italiana, mas com outro enfoque, surgiu a Escola Alemã, cujo principal nome foi o austríaco **FRANZ VON LISZT**, que defendeu uma pesquisa sobre as causas da criminalidade para que a função da pena pudesse ser estruturada e fosse possível, por conseguinte, saber como lidar com o criminoso. Defendia que as questões sociais eram as principais causas da criminalidade e fundou a Escola Sociológica Criminal. Negava o livre arbítrio e defendia a pena não como retribuição, mas como defesa, devendo adequar-se à personalidade do criminoso, que por isso deveria ser estudado. A função da pena seria o “combate ao crime como fenômeno social”¹³. Admitia também o estudo antropológico do criminoso. Criou o sistema do duplo binário, dando independência à pena e à medida de segurança.

8.4. A Terza Scuola

Como contraponto às ideias de **LOMBROSO** – de que o criminoso é levado à prática criminosa por sua formação natural –, ainda na Itália, na mesma época surge a Terza Scuola, cujos conceitos se aproximam das ideias de **VON LISZT**. Era também influenciada pela Escola Clássica, trazendo novamente a ideia da responsabilidade moral, mas, como **VON LISZT**, distinguia os imputáveis dos inimputáveis e excluía o livre arbítrio. O crime, para a Terza Scuola, era um fenômeno individual e social e a pena visava à defesa social, embora tivesse um caráter aflitivo.

Tem como maiores nomes **EMANUELLE FEDERICO CARLOS CARNEVALI**, **BERNARDINO ALIMENA** e **GIOVANNI BATTISTA IMPALLOMENI**.

10. FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit. p. 46.

11. A expressão “criminoso nato”, não raras vezes atribuída a Lombroso, foi, na verdade, criada por Enrico Ferri.

12. COSTA JÚNIOR, Paulo José da, Op. cit. p.17.

13. FRAGOSO, Claudio Heleno. Ob. cit., p. 48.

9. A MODERNA DOUTRINA PENAL

WINFRIED HASSEMER defende que

“a pena, como instrumento mais violento de controle social, pela ausência de outros, não tem apenas um fim intimidatório, mas para assegurar normas influenciando em outros processos de controle social”¹⁴.

Essa nova abordagem do Direito Penal começa a aproximá-lo da Sociologia, com forte ingerência também da Criminologia, num processo evolutivo a partir do final do século XIX. As normas são vistas não como uma previsão impositiva dissociada do contexto social, mas como uma diretriz a ser seguida para que haja um melhor convívio na sociedade. Daí a impossibilidade de serem excessivamente gravosas; devem buscar a garantia de bens jurídicos que sejam prezados socialmente, visando a manter a dignidade e a liberdade humanas.

A chamada “prevenção geral positiva” é defendida por **CLAUS ROXIN** e sua teoria unitária dialética. Entende o autor que os efeitos desta prevenção positiva são a (a) aprendizagem, motivada sociopedagogicamente, (b) o exercício para a confiança do Direito e (c) a pacificação (“prevenção integradora”)¹⁵. Busca direcionar a aplicação da pena a fins positivos. Para tanto, vale-se do princípio da subsidiariedade do Direito Penal (aplicação em ultima ratio) e do princípio da culpabilidade, que fixaria os limites da pena, isso no âmbito da prevenção geral. Já como prevenção especial, a pena atingiria o desenvolvimento da personalidade. Admite **ROXIN** inclusive a possibilidade de fixação da pena menor que a própria culpabilidade, desde que recomendável ao delinquente e a toda a sociedade.

Também firmando uma teoria de prevenção geral positiva, **GÜNTHER JAKOBS**, “a partir de uma teoria sistêmica, de cunho normativo, atribui à pena, não uma função retributiva, negativa, mas, de modo positivo, se apresenta como uma demonstração da vigência da norma por conta de um responsável, e tem por finalidade estabilizar a norma lesionada”¹⁶. A prevenção geral da norma, para **JAKOBS**, diferentemente de **ROXIN**, não está na intenção de garantir a ausência de lesão de um bem jurídico, mas de assegurar a vigência da norma. A pena não tem função retributiva, portanto não pode reparar o dano social sofrido. A pessoa que infringe a norma de maneira consciente assim age por não se importar com um comportamento adequado a ela, gerando um conflito social.

JAKOBS contempla a culpabilidade como demonstração da necessidade de punir, confirmando a obrigatoriedade da norma para a sociedade e para o infrator. Somente assim o cidadão terá “confiança na norma”, possibilitando uma interação social. Tece críticas à doutrina trazida por **ROXIN** sobre a divisão entre prevenção geral e prevenção especial. Para o autor, a prevenção especial não passa de um efeito da prevenção geral.

Abaixo, cuidamos de estabelecer de maneira sintética as principais escolas penais, sem olvidar a advertência já feita quanto à impossibilidade de enquadrar alguns autores de maneira estanque em determinada corrente doutrinária – pelo que os inserimos naquela escola com a qual seu pensamento apresentava maior proximidade.

14. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistemas de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. p. 52.

15. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Ob. cit.*, p. 53.

16. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Ob. cit.*, p. 55.

	Escola Clássica	Escola Positiva	Terza Scuola Italiana	Escola Penal Humanista
Expoentes	(1) Gaetano Filangieri, Giovanni Carmignani, Domenico Romagnosi	Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garofalo	Emanuele Carnevale, Berdardino Alimena, Giuseppe Impallomeni (ITA)	Vicenzo Lanza
	(2) Pellegrino Rossi, Francesco Carrara, Enrico Pessina	–	Alessandre Lacassagne, Tarde e Manouvrier (FRA)	–
Crime	É um ente jurídico, pois consiste na violação de um direito.	Decorre de fatores naturais e sociais.	É fenômeno individual e social.	É o desvio moral de conduta; o que não viola a moral, não deve ser crime.
Delinquente	É ser livre que pratica o delito por escolha moral, alheia a fatores externos.	Não é dotado de livre-arbítrio; é um ser anormal sob as óticas biológica e psíquica.	Não é dotado de livre-arbítrio; não é um ser anormal.	É o imputável, único passível de educação.
Pena	(1) É forma de prevenção de novos crimes, defesa da sociedade: <i>“punitur ne peccetur”</i> .	Funda-se na defesa social; objetiva a prevenção de crimes; deve ser indeterminada, adequando-se ao criminoso para corrigi-lo.	Tem essencialmente a função de defesa social; reconhece-se também seu caráter aflitivo.	É forma de educar o culpado. Pena é educação.
	(2) É uma necessidade ética, reequilíbrio do sistema (inspiração em Kant e Hegel: <i>punitur quia peccatum est</i>).	<i>*Garofalo vê a pena como forma de eliminar o criminoso grave, defendendo até a pena de morte.</i>	–	–
Observações	Se funda nos ensinamentos de Cesare Beccaria (Do Delito e das Penas); é uma reação ao Absolutismo.	É uma doutrina determinista, tendo introduzido a ideia do “criminoso nato” (Lombroso).	É uma escola eclética, amparando-se em conceitos clássicos e positivistas.	Introduziu a noção de “delinquência artificial” – o crime que não viola a moral.

Escola Técnico-jurídica	Escola Moderna Alemã	Escola Correccionalista	Escola da Nova Defesa Social
Karl Binding, Arturo Rocco, Vincenzo Manzi, Giacomo Delitala (1)	Paulo Anselmo de Feuerbach, Franz Von Lizst, Van Hamel, Adolpho Prins	Karl David August Röeder	Filippo Gramatica e Marc Ancel
Maggiore, Bettiol, Petrocchi, Battagliani (2)	—	—	—
É uma relação jurídica de carácter tanto humano quanto social	É simultaneamente ente jurídico e fenómeno de ordem humana e social. <i>* Feuerbach: "Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege".</i>	É um ente jurídico, criação da sociedade; não é natural.	É um mal que desestabiliza o aprimoramento social
É dotado de livre-arbítrio e responsável moralmente	Ser simultaneamente livre e parcialmente condicionado pelo ambiente que o circunda. Não há criminoso nato.	É um ser anormal, portador de uma vontade reprovável.	Ser que precisa ser adaptado à ordem social.
Meio de defesa contra a perigosidade do agente; tem por objetivo castigar o delinquente.	Instrumento de ordem e segurança social; função preventiva geral negativa (coação psicológica).	É a correção da vontade do criminoso e não a retribuição a um mal, motivo pelo qual pode ser indeterminada. Pena e medida de segurança são institutos dependentes.	É uma reacção da sociedade com objetivo de protecção do cidadão
—	—	—	—
Aproxima-se da Escola Clássica; rechaça a filosofia no Direito Penal; reestabelece o carácter jurídico da Ciência Penal.	Também conhecida como Escola da Política Criminal; representou grande contribuição para a repressão penal ao menor delinquente; distingue imputabilidade da liberdade de querer. Tem como seguidores Eberhard Schmidt e Graf Zu Dohna, Mezger.	Preconiza a ideia de ressocialização do delinquente. Na Espanha, foram adeptos: Giner de los Ríos, Alfredo Calderón e Pedro Dorado Montero.	Tem carácter humanista; a ressocialização do criminoso é responsabilidade da sociedade.

10. HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No início da colonização vigoravam as Ordenações Afonsinas, o mesmo regime jurídico vigente em Portugal, de caráter religioso, influenciadas também pelo direito romano.

Em 1514 foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, mantendo a base das precursoras, não definindo tipo ou quantidade de pena, ato discricionário do juiz.

Foram substituídas pela compilação de D. Duarte Nunes Leão (também denominada Código de D. Sebastião ou Código Sebastiãoico), reunindo leis até então separadas e de difícil interpretação e conhecimento por parte dos cidadãos.

A compilação deu lugar às Ordenações Filipinas, vigorando por mais de duzentos anos, sendo seu marco inicial o século XVII. O Código Filipino fundamentava-se nos preceitos religiosos. O Direito era confundido com moral e religião, punindo-se com rigor os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. As penas eram cruéis e desumanas, tendo como fim principal infundir o temor pelo castigo.

Após a proclamação da independência e a promulgação da Constituição de 1824, foi elaborado o Código Criminal do Império, fomentando um direito penal protetivo e humanitário, permitindo a individualização da pena, criando agravantes e atenuantes, estabelecendo julgamento especial para menores de 14 anos. A pena de morte, ainda presente, ficou praticamente limitada para coibir crimes praticados pelos escravos. Misturando Direito com Religião, tipificou como crime ofensas à crença oficial do Estado.

Em seguida à proclamação da República (1890), sancionou-se o Código Criminal da República. Atento às restrições impostas pela Constituição de 1891 (proibição da pena de morte e prisão de caráter perpétuo), o Código Republicano permitia as penas de prisão, banimento (de natureza temporária, evitando sanção de caráter perpétuo) e suspensão de direitos, instalando o regime penitenciário de caráter correccional.

Diante do aparecimento de inúmeras leis modificadores e extravagantes, surge a necessidade de compilar as normas penais, tarefa assumida pelo Desembargador Vicente Piragibe, resultando, em 1932, na Consolidação das Leis Penais (Consolidação de Piragibe).

Finalmente, em 1942, entra em vigor o Código Penal, que permanece como o sistema básico de normas penais e que teve sua parte geral reformulada pela Lei nº 7.209/84.

É evidente, diante do que foi tratado até o momento a respeito da história do Direito Penal, que os sistemas de punição evoluíram de forma a tornar, tanto quanto possível, mais humana a execução da lei penal, evitando que os agentes criminosos sejam submetidos a punições que extrapolem as efetivas finalidades da pena. Isso não significa, obviamente, que os ordenamentos jurídicos modernos estejam imunes à influência das disposições que os antecederam; ao contrário, invariável e acertadamente absorvem postulados estabelecidos há séculos, milênios até, ainda aptos a contribuir para que o Direito cumpra sua função essencial de manter a ordem na sociedade.

Capítulo III

FONTES DO DIREITO PENAL

Sumário • 1. Introdução; 2. Fonte material do Direito Penal; 3. Fonte formal do Direito Penal; 3.1. Fonte formal do Direito Penal à luz da doutrina moderna; 4. Fonte informal do Direito Penal (costumes); 5. Características e classificação da lei penal.

1. INTRODUÇÃO

Quando se pretende buscar a procedência de algo, fala-se em *fonte*. A norma penal, como não poderia deixar de ser, também é provida de características que indicam sua origem e forma de manifestação. Consequentemente, ao tratar das *fontes* do Direito Penal, o que se busca é indicar de onde a norma penal emana, qual sua origem, de onde ela provém e como se revela. Fala-se em fonte material e fonte formal do Direito Penal.

Vejamos cada uma delas e sua abordagem pelas doutrinas clássica e moderna.

2. FONTE MATERIAL DO DIREITO PENAL

Fonte material é a fonte de produção da norma, é o órgão encarregado da criação do Direito Penal.

Por previsão constitucional, a fonte material do Direito Penal é a União. É este o ente que, em regra, pode produzir normas penais (art. 22, I, CF/88).

Não obstante, a própria Carta Magna prevê uma exceção, disciplinando a possibilidade dos Estados-membros legislares sobre questões **específicas** de direito penal, desde que **autorizados por lei complementar** (art. 22, parágrafo único, CF/88).

☒ **Qual o alcance da expressão “questões específicas” no âmbito da competência penal delegada aos Estados?**

Temos doutrina lecionando abranger somente temas de interesse local, jamais temas fundamentais do Direito Penal, como princípio da legalidade, causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, configuração do delito etc.

3. FONTE FORMAL DO DIREITO PENAL

Trata-se do instrumento de exteriorização do Direito Penal, ou seja, do modo como as regras são reveladas. É a fonte de conhecimento ou de cognição.

As **fontes formais** são tradicionalmente classificadas em:

(A) **Imediata**: a **lei** é a única fonte formal imediata do direito penal.

(B) **Mediata**: abrange os **costumes** e os **princípios gerais de direito**¹.

3.1. Fonte formal do Direito Penal à luz da doutrina moderna

Embora a doutrina tradicional tenha consolidado a classificação acima apresentada, entendemos que este rol exige uma atualização, fomentada, inclusive, pela EC nº 45 (Reforma do Sistema Judiciário Nacional).

Essa releitura resulta na complementação do rol de fontes imediatas e na revisão das fontes mediatas. Assim, teremos:

(A) Fontes formais imediatas.

(i) A **lei** permanece figurando como fonte formal imediata, sendo o único instrumento normativo capaz de criar infrações penais (crimes e contravenções penais) e cominar sanções (pena ou medida de segurança). Nenhuma outra fonte pode ampliar ou dar origem ao *ius puniendi*. O princípio do qual decorre a necessidade de lei como fonte formal imediata não é, simplesmente, o da legalidade, mas o da reserva legal, muito mais restrito. Pelo princípio da legalidade, são diversas as fontes normativas que podem fundamentar a imposição de obrigações e a restrição de direitos: lei, decreto, portaria, instrução normativa. Já o princípio da reserva legal pressupõe lei em sentido estrito, ou seja, nenhuma conduta será tipificada como crime ou contravenção e nenhuma pena será cominada a não ser por meio de dispositivo cujo conteúdo tenha sido devidamente debatido e votado por cada uma das Casas parlamentares em forma de lei ordinária (mais comum) ou de lei complementar (não tão usual porque reservada às hipóteses em que a Constituição exige a regulamentação por esta espécie legislativa²).

(ii) A **Constituição Federal** situa-se no rol das fontes imediatas. Muito embora a lei detenha a exclusividade no tocante à criação das infrações penais e das respectivas sanções, não se pode deixar de constatar que a Carta Magna nos revela direito penal, estabelecendo alguns patamares abaixo dos quais a intervenção penal não se pode reduzir.

Esses patamares são verdadeiros **mandados de criminalização**, porque vinculam o legislador ordinário, reduzindo a sua margem de atuação para obrigá-lo a proteger (de forma suficiente/eficiente) certos temas (bens ou interesses). É o que ocorre, por exemplo,

1. Flávio Monteiro de Barros (ob. cit., p. 27), concordando com Luiz Vicente Cernichiaro, inclui também, como fonte mediata do Direito Penal, os atos administrativos. Observa ser comum a sua utilização nas chamadas normas penais em branco, servindo de complemento da conduta criminosa (art. 33 da Lei nº 11.343/06, em que se necessita de complemento para definir que substâncias podem ser definidas como *drogas*).
2. Como exemplo, temos a Lei Complementar nº 64/90, que dispõe no art. 25: "Constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé: Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) e, no caso de sua extinção, de título público que o substitua".

com o crime de racismo (art. 5º, XLII, CF/88)³, crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII, CF/88), ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88) e com os crimes ambientais (art. 225, §3º, CF/88)⁴.

Os **mandados de criminalização** são reconhecidos pelo STF:

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos.” (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012).

Os dispositivos mencionados são mandados de criminalização expressos, mas também é possível identificar **mandados implícitos**, que, embora não decorram literalmente de disposições constitucionais, podem ser extraídos indiretamente das normas que tutelam determinados bens jurídicos, especialmente no âmbito de direitos e garantias fundamentais, que preponderam na ordem constitucional devido aos valores que lhes são subjacentes.

A necessidade de tutela desses bens tanto pode levar à adoção de providências para que a violação seja punida quanto pode impedir que se dispense tratamento mais brando a quem pratica a violação já tipificada pelo ordenamento infraconstitucional. Dessa forma, se o *caput* do art. 5º dispõe serem invioláveis a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, disso decorre não apenas a obrigação de tipificar violações a esses bens jurídicos, mas também a proibição de que crimes como homicídio, sequestro, estupro, racismo, furto e roubo se tornem atípicos ou sejam tratados sem o devido rigor pelos órgãos incumbidos de implementar o sistema de proteção.

A existência de mandados implícitos de criminalização já fundamentou inclusive decisão do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar um recurso extraordinário, afastou a aplicação da causa extintiva da punibilidade relativa ao casamento da vítima com seu estuprador. No caso, o autor do recurso havia sido condenado por estupro com violência presumida por ter mantido relações sexuais com uma criança de nove anos. Como a vítima convivia com o estuprador (que era seu tutor legal), as relações se prolongaram até que, por volta dos doze anos, ela engravidou e, depois de dar à luz, permaneceu na companhia do agente em união estável.

3. Aqui se insere a injúria racial, não apenas em virtude de decisões proferidas pelo STJ e pelo STF, mas também porque a Lei 14.532/23 incluiu expressamente entre os crimes de racismo a ofensa proferida com elementos referentes a raça, cor, etnia e procedência nacional (art. 2º-A da Lei 7.716/89).
4. Temos mandados de criminalização nos dispositivos que tratam da retenção dolosa do salário (art. 7º, X, CF/88) e do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente no âmbito familiar (art. 227, §4º, CF/88). Aliás, referido mandado foi estritamente observado pela Lei 14.344/22 (Lei Henry Borel), que cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente. A Lei 14.811/24 também estabelece medidas de prevenção e combate à violência contra a criança e o adolescente em estabelecimentos educacionais ou similares, públicos ou privados, e cria a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente, organizada e executada pelo poder público federal.

Quando ocorreram os fatos, vigorava o inciso VII do art. 107 do Código Penal (revogado pela Lei 11.106/05), que admitia a extinção da punibilidade em razão do casamento da vítima com o autor do crime. Alegava-se no recurso que a união estável, por expressa disposição constitucional (art. 226, § 3º), é reconhecida como entidade familiar e que, portanto, para os efeitos penais, seria também equiparada ao casamento.

O tribunal chegou à conclusão de que seria impossível reconhecer a formação de uma união estável entre um adulto e uma criança, incapaz de consentir até mesmo para atos mais simples de suas relações civis. Aceitar a formação de uma entidade familiar decorrente de uma série de estupros iniciados quando a criança tinha apenas nove anos de idade seria uma forma de legitimar um ato absolutamente repugnado pela sociedade utilizando como fundamento uma norma constitucional destinada à proteção da família, uma inversão de valores à qual é intrínseca a proteção deficiente. Destaca-se, no julgamento, o voto do ministro Gilmar Mendes,

“Ora, se é dever do Estado proteger a família, também é seu dever, conforme preceituado no art. 227 da Constituição Federal, “[...] assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...], à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (grifos nossos)

Assim, o que parece essencial destacar, na discussão posta, é o fato de se tratar de uma situação fática repugnante: uma criança, confiada a um tutor que, em flagrante abuso de sua autoridade, manteve com ela relações sexuais desde que esta tinha 9 anos de idade.

Cuida-se, em verdade, de permanente coação psicológica e moral a uma criança, submetida pela sua condição de vida, a exploração, crueldade e violência por parte daquele que tinha o dever de protegê-la contra esses males.

Não se pode olvidar o fato de tratar-se, no caso dos autos, de uma menina de 12 anos que engravidou, após manter relações sexuais com o marido de sua tia, seu tutor legal desde os 8 anos de idade.

O fato de esta adolescente, depois de ter o filho, vir a juízo afirmar que vive maritalmente com o seu opressor, não pode ser considerado como hipótese típica de perdão, extinguindo a punibilidade, nos termos do art. 107, VII, do Código Penal.

A união estável, que se equipara a casamento por força do art. 226, §3º, da Constituição Federal, é uma relação de convivência e afetividade em que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantém com o intuito de constituírem família. Não se pode equiparar a situação dos autos a uma união estável, nem muito menos, a partir dela, reconhecer, na hipótese, um casamento, para fins de incidência do art. 107, VII, do Código Penal.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade,

caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”.⁵

(iii) Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Um acordo internacional versando sobre direitos humanos, celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, deve obrigatoriamente ser seguido, possuindo caráter vinculante (“hard law”), não importando se aprovado pelo Congresso Nacional com quórum de emenda, caso em que o acordo tem status *constitucional* (art. 5º, §3º, CF/88) ou quórum simples, figurando, então, com o status de *norma infraconstitucional, porém supralegal* (art. 5º, § 2º, CF/88)⁶.

Diante desse quadro, os tratados, convenções e regras de direito internacional sobre direitos humanos devem ser encaradas como fonte formal imediata do Direito Penal⁷.

Importante esclarecer, no entanto, que os tratados e convenções não são instrumentos hábeis à criação de crimes ou cominação de penas para o direito interno (apenas para o direito internacional). Assim, antes do advento das Leis 12.694/12 e 12.850/13 (que definiram, sucessivamente, organização criminosa), o STF manifestou-se pela inadmissibilidade da utilização do conceito de organização criminosa dado pela Convenção de Palermo, tornando a ação penal que deu origem à impetração, em face da atipicidade da conduta (HC nº 96007)⁸. No entanto, os tratados podem veicular os denominados **mandados internacionais de criminalização** quando estabelecem de forma explícita a obrigação de tipificar penalmente, no ordenamento jurídico interno, determinadas condutas, como ocorre com a tortura, a pornografia infantil, a violência contra a mulher, o genocídio e o crime organizado.

Na Convenção de Belém do Pará existe, como bem lembra André de Carvalho Ramos, mandado explícito de criminalização: “A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também chamada de Convenção de Belém do Pará) foi explícita em estabelecer mandados de criminalização de condutas de violência contra a mulher. Para o art. 7.º, d e e, da citada Convenção, os Estados-partes devem ‘adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas e prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em [...] incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir,

5. RE 418.376/MS. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2006.

6. De se observar, no entanto, que respeitável corrente doutrinária se posiciona no sentido de que os tratados, versando sobre direitos humanos (e somente eles), uma vez subscritos pelo Brasil, se incorporam automaticamente e possuem (sempre) caráter constitucional, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da CF. Nesse sentido, ver **FLÁVIA PIOVESAN**. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 111; e **FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA**. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 130, p. 81, Brasília, Senado Federal, 1996.

7. Alertamos, no entanto, que no nosso sistema, a rigor, não basta a ratificação do acordo. É preciso que o decreto que aprova o tratado seja devidamente publicado. Só a partir dessa publicação é que passa a ter valor no direito interno.

8. Vide Informativo nº 670 do STF.

punir e erradicar a violência contra a mulher’. A Convenção de Belém do Pará distinguiu-se da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas, que tão-somente dispôs que os Estados-partes deveriam tomar as medidas apropriadas para combater as diversas formas de exploração e discriminação contra a mulher. De fato, o art. 6.º dessa última Convenção, ao tratar do importante tema do tráfico de mulheres, apenas estabeleceu que os Estados deveriam tomar ‘medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração de prostituição da mulher’. É claro que, entre as ‘medidas apropriadas’, podem os Estados lançar mão da tutela penal, mas não ficou estabelecido um dever expresso de criminalização”. Já no caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o mandado de criminalização é implícito, isto é, embora não esteja expresso que o Estado deve punir criminalmente a conduta violadora de direitos humanos, há uma determinação subjacente em decorrência da simples tutela desses direitos. Em outras palavras, se a Convenção determina, por exemplo, que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, está, implicitamente, exigindo a punição de qualquer atentado a esse direito: “Os mandados implícitos de criminalização pressupõem a atividade judicial de interpretação de textos normativos. No direito internacional dos direitos humanos, tais mandados foram extraídos de textos convencionais em especial graças à atividade hermenêutica de duas Cortes regionais de direitos humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Européia de Direitos Humanos. Essas Cortes interpretaram respectivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Européia de Direitos Humanos no sentido de reconhecer a necessidade de punição penal aos autores de violações de direitos humanos. Como ambas as Convenções não possuem mandados de criminalização expressos, tal dever dos Estados de investigar, perseguir em juízo e punir os autores de tais violações foi decorrência de dois tipos de dispositivos convencionais. O primeiro tipo foi o que estabelecia os deveres genéricos dos Estados de garantia e respeito aos direitos humanos estatuídos nesses textos convencionais (por exemplo, o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos). O segundo tipo de dispositivo foi aquele que contempla o direito à proteção judicial e ao devido processo legal por parte de todos os indivíduos (por exemplo, o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Quanto ao primeiro fundamento, vê-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no célebre caso Velásquez Rodríguez, sustentou que o dever de investigar, processar e punir criminalmente é fruto do disposto no art. 1.1 da Convenção. Tal artigo impõe aos Estados a obrigação de garantia do respeito aos direitos protegidos pela Convenção, o que implica em dizer que cabe aos Estados prevenir a ocorrência de novas violações. Assim sendo, o direito internacional dos direitos humanos estipulou verdadeiros mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violação de direitos humanos. De fato, para que se puna criminalmente é necessário que o Estado tenha antes tipificado a conduta em tela. Ou seja, nasceram novas ordens de tipificação penal aos Estados”⁹.

9. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos:** novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, Set/2006.

(iv) A **jurisprudência** adquiriu novos contornos e importância no cenário jurídico-penal, passando a ser fonte imediata reveladora de direito. É o que ocorre de forma evidente com as súmulas vinculantes¹⁰, a exemplo do verbete de nº 24, que disciplina a atipicidade de crime contra a ordem tributária quando pendente o lançamento definitivo do tributo.

De outro lado, as decisões jurisprudenciais, ainda que não vinculantes, configuram também fonte formal imediata, a exemplo do que ocorre com o crime continuado (art. 71, CP), cujos contornos atuais dados pelos tribunais limitam a continuidade no tempo¹¹ (trinta dias entre as infrações) e no espaço¹² (mesma comarca ou comarcas vizinhas).

(v) Os **princípios**, que muitas vezes conduzem à absolvição ou redução de pena, constituem também fonte imediata.

Note-se, por exemplo, o efeito que a aplicação do princípio da insignificância tem, na condição de excludente da tipicidade material (vide tópico sobre princípios, abaixo).

(vi) Por fim, os **complementos** da norma penal em branco seguem a lei e, portanto, são incriminadores, de modo que se incluem também neste rol de fontes imediatas do Direito Penal.

(B) Fonte formal mediata

Dentro desta moderna perspectiva das fontes do Direito Penal, figura como fonte mediata apenas a **doutrina**.

4. FONTE INFORMAL DO DIREITO PENAL (COSTUMES)

Os costumes são comportamentos uniformes e constantes (elemento objetivo) pela convicção de sua obrigatoriedade (elemento subjetivo). Aparecem como fonte informal do Direito Penal.

Ao tratar das fontes do Direito Penal, **ANÍBAL BRUNO** já ensinava que o costume não se encontra entre elas, tendo em vista estar contido na própria norma, apresentando-se como elemento de interpretação. Todavia, admite o autor a possibilidade de larga aplicação do costume no que tange às normas não atinentes à definição de infrações e de cominação de penas:

“Fora das normas estritas de definição de crimes e cominação de sanções, pode-se afirmar a influência do costume. Ele valerá, por exemplo, na extensão de causas de exclusão da antijuridicidade ou

10. As súmulas vinculantes podem ser editadas pelo STF, com base no art. 103-A, CF/88, que dispõe: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

11. Cf. STJ – Quinta Turma – AgRg no REsp 1244833 – Rel. Ministro Jorge Mussi – DJe 01/02/2012.

12. Cf. STJ – Quinta Turma – HC 206.227 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 14/10/2011.

da culpabilidade. Em muitos desses casos, o próprio fundamento da justificativa ou dirimente, ou a limitação de sua eficácia, está no costume, na prática uniforme e constante, segundo os interesses e tendências sociais e culturais”¹³.

Em forma de perguntas e respostas, vamos explicar o instituto.

☑ **Costumes criam infrações penais?**

A resposta só pode ser negativa. É absolutamente **vedado** o costume incriminador. Como vimos, a lei é a única forma de rotular como crime (ou contravenção penal) determinada conduta, obedecendo, inclusive, o **princípio da reserva legal**¹⁴. O costume, na ausência de lei (*praeter legem*), não pode dar vida a novas figuras incriminadoras, embora tenha eficácia em outros setores do direito penal, *v.g.*, atuando como causa supralegal de exclusão da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

☑ **Costumes revogam infrações penais?**

Somente lei pode revogar outra lei. Não existe costume abolicionista e, enquanto determinada lei estiver em vigor, terá plena eficácia. Esta posição se coaduna, sobretudo, com a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe no seu art. 2º: “*Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue*”. Nessa linha intelectual, a título de exemplo, não se pode alegar que a venda de CDs e DVDs piratas permite a sobreposição do costume sobre a norma, revogando o artigo 184, §2º, do CP, que incrimina a violação de direitos autorais. Nesse sentido, inclusive, têm decidido o STF¹⁵ e o STJ¹⁶.

☑ **Qual, então, a finalidade do costume no ordenamento jurídico-penal?**

Apesar de não possuir o condão de criar ou revogar crimes e sanções, o costume é importantíssimo vetor de interpretação das normas penais. Em outras palavras, é possível o uso do costume segundo a lei (*secundum legem*), atuando dentro dos limites do tipo penal. Esse costume interpretativo possibilita a adequação do tipo às exigências éticas coletivas, *v.g.*, como ocorre na definição do que seja *repouso noturno*, expressão constante do

13. Ob. cit., p. 203-204.

14. Cf. CP. Art. 1º. *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*

15. STF – Primeira Turma – HC 98898 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJe 20/04/2010. No mesmo sentido, decidiu o Pretório Excelso que o princípio da adequação social não incide sobre a manutenção de casa de prostituição, dada a necessidade de lei para revogação do delito e, portanto, a insuficiência dos costumes para operarem este efeito (STF – Primeira Turma – HC 104467 – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJe 09/03/2011). Contudo, a mesma Corte, em questão de ordem no recurso extraordinário 966.177/RS, reconheceu a repercussão geral da matéria (descriminalização dos jogos de azar), ainda não decidida pelos Ministros.

16. Súmula 502: “presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

artigo 155, §1º, do Código Penal¹⁷. Neste caso, é evidente a importância do costume, já que, em grandes centros urbanos, o período de descanso será diverso daquele observado em pequenas comunidades do interior.

Em resumo, sobre fontes formais do Direito Penal¹⁸, temos:

Fontes Formais do Direito Penal	Classificação tradicional	Classificação moderna
Fontes formais imediatas	• Lei.	• Lei – única capaz de regular a infração penal e sua pena;
		• Constituição;
		• Tratados internacionais de direitos humanos;
		• Jurisprudência
		• Princípios;
		• Complementos da norma penal em branco própria.
Fontes formais mediatas	• Costumes; e • Princípios gerais de direito.	• Doutrina. Os costumes configuram, na verdade, fontes informais de direito.

5. CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DA LEI PENAL

A lei penal tem as seguintes **características**:

(A) **Exclusividade**: somente ela (lei) define infrações (crimes e contravenções) e comina sanções penais (penas e medidas de segurança);

(B) **Imperatividade**: é imposta a todos, independentemente da vontade de cada um;

(C) **Generalidade**: todos devem acatamento à lei penal, mesmo os inimputáveis, vez que passíveis de medida de segurança; e

(D) **Impessoalidade**: dirige-se abstratamente a fatos (futuros) e não a pessoas, além de ser produzida para ser imposta a todos os cidadãos, indistintamente.

17. De igual modo, os costumes auxiliam na interpretação do que vem a ser *ato obsceno*, nos termos do art. 233 do Código Penal.

18. Aqui parece importante lembrar a classificação apresentada por Andreas Eisele (ob. cit., p. 51), para quem a analogia, os costumes, os princípios gerais de Direito, a jurisprudência e a doutrina poderiam ser fontes formais do Direito Penal. Porém, como em um Estado de Direito somente a lei pode veicular normas que proíbam ou obriguem comportamentos, para que tal consideração seja viável é necessária a classificação das fontes formais do Direito Penal em duas espécies, quais sejam: as primárias e as secundárias. Estas seriam secundárias. Portanto, para o citado autor, a **fonte material ou de produção do Direito Penal é o Estado, e as fontes formais ou de conhecimento são: a) a lei, se considerado o Direito Penal em sua configuração estática e; b) a sentença judicial, se considerado o Direito Penal em sua acepção dinâmica** (o que não exclui a possibilidade de incidência das fontes formais secundárias para a concreção de normas, desde que contextualizadas no âmbito de possibilidades significativas dos textos legais, pois não possuem eficácia autônoma, ou mesmo suficiente para impedir a incidência de uma norma jurídica ou revogá-la).

Já quanto à **classificação da lei penal**, temos:

(A) Lei penal incriminadora: define as infrações penais e comina as sanções que lhes são inerentes.

Em sua estrutura, a lei incriminadora é dotada de um preceito primário (onde está contida a definição da conduta criminosa) e de um preceito secundário (que prevê a sanção penal aplicável).

(B) Lei penal não incriminadora: também denominada lei penal em sentido amplo, não tem a finalidade de criar condutas puníveis nem de cominar sanções a elas relativas, subdividindo-se em: **(i) permissiva** (*justificante* ou *exculpante*); **(ii) explicativa** ou *interpretativa*; **(iii) complementar** e **(iv) leis de extensão** ou *integrativas*.

Vejamos cada uma.

Será **permissiva justificante** a lei penal não incriminadora que torna lícitas determinadas condutas que, normalmente, estariam sujeitas à reprimenda estatal, como ocorre, por exemplo, com a legítima defesa (art. 25, CP). A norma **permissiva exculpante**, por sua vez, se verifica quando elimina a culpabilidade, como é o caso da embriaguez acidental completa (art. 28, § 1º, CP).

A lei penal não incriminadora **explicativa** ou **interpretativa** se destina a esclarecer o conteúdo da norma, como o artigo 327 do Código Penal, que trata do conceito de funcionário público para fins penais.

Será **complementar** a lei penal não incriminadora que tem a função de delimitar a aplicação das leis incriminadoras, como ocorre com o artigo 5º do Código Penal, que dispõe sobre a aplicação da lei penal no território brasileiro.

Por fim, a lei penal de **extensão** ou **integrativa** é aquela utilizada para viabilizar a tipicidade de alguns fatos, como fazem os artigos 14, II e 29 do Código Penal – a tentativa e a participação (em sentido estrito) seriam condutas atípicas não fossem tais normas.

Capítulo IV

INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

Sumário • 1. Introdução; 2. Interpretação extensiva; 3. Interpretação analógica; 4. Integração da lei penal (analogia).

1. INTRODUÇÃO

Interpretar significa buscar o preciso significado de um texto, palavra ou expressão, delimitando o alcance da lei, guiando o operador para a sua correta aplicação.

Até mesmo as leis dotadas de maior clareza dependem de interpretação, já que é a partir daí que se abstrai sua transparência.

Aliás, a esse respeito, precisa é a lição de **ANÍBAL BRUNO**:

“Toda expressão verbal do pensamento precisa ser interpretada. O que pretende dizer o velho adágio de *in claris non fit interpretatio* é que, sendo a lei clara, não cabe procurar-lhe um sentido diferente daquele que resulta evidentemente do texto. Apenas, se a lei é clara, a interpretação é instantânea. Conhecido o texto, aprende-se imediatamente o seu conteúdo. Mas, se é obscura ou incerta, precisa, então, submeter-se a lei ao processo interpretativo sistemático, processo lógico, que obedece a regras e preceitos, cujo conjunto constitui a Hermenêutica, ou ciência da interpretação”¹.

Reforçando a sua importância, explica Andreas Eisele:

“Porém, mesmo que o texto legal seja elaborado com a melhor técnica possível, isso não afasta a necessidade de interpretação da lei, com o que o rigor da certeza do conteúdo da norma é diminuído, porque devido à configuração dialética da hermenêutica, o conhecimento no processo de compreensão sempre contém um âmbito de relatividade”².

O ato de interpretar é, necessariamente, feito por um **sujeito** que, empregando determinado **modo**, alcança um **resultado**.

Assim, são **formas de interpretação**:

(A) **Quanto ao sujeito que a interpreta (ou quanto à origem)**, a interpretação pode ser autêntica (ou legislativa), doutrinária (ou científica) e jurisprudencial.

1. Ob. cit., p. 212.

2. Ob. cit., p. 98.

A interpretação **autêntica (ou legislativa)** é aquela fornecida pela própria lei, a exemplo do conceito de funcionário público, trazido pelo art. 327 do Código Penal. Subdivide-se em:

- (i) Contextual: editada conjuntamente com norma penal que conceitua.
- (ii) Posterior: lei distinta e posterior conceitua o objeto da interpretação.

Doutrinária ou científica (*communis opinio doctorum*) é a interpretação feita pelos estudiosos, pelos juristas. Não se trata de interpretação de observância obrigatória.

Muito embora auxilie na interpretação das normas constantes do CP, a Exposição de Motivos não espelha hipótese de interpretação autêntica, mas doutrinária, pois elaborada pelos estudiosos que participaram da sua confecção³.

Por fim, a interpretação **jurisprudencial, judiciária ou judicial** corresponde ao significado dado às leis pelos tribunais, à medida que lhes é exigida a análise do caso concreto, podendo adquirir, hoje, caráter vinculante, dada a possibilidade de edição, pelo STF, das “súmulas vinculantes” (artigo 103-A, CF/88, incluído pela EC nº 45/2004).

(B) Quanto ao modo, a interpretação pode ser gramatical, teleológica, histórica, sistemática, progressiva e lógica (ou racional).

Gramatical, filológica ou literal é a interpretação que considera o sentido literal das palavras, correspondente a sua etimologia.

A interpretação **teleológica** perquire a vontade ou intenção objetivada na lei (*volunta legis*). Extrai-se diretamente do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Trata-se, portanto, de um método de interpretação guiado pela finalidade da norma, que visa a aliar princípios da justiça e do bem comum às necessidades que o dispositivo legal busca atender.

Histórica é aquela interpretação que indaga a origem da lei, identificando os fundamentos da sua criação.

O modo de interpretação **sistemático** conduz à interpretação da lei em conjunto com a legislação que integra o sistema do qual faz parte, bem como com os princípios gerais de direito.

A interpretação **progressiva ou evolutiva** representa a busca do significado legal de acordo com o progresso da ciência. Podemos citar como exemplo o documento, objeto material de diversos crimes contra a fé pública. Quando entrou em vigor o Código Penal, somente o documento impresso podia ser falsificado ou, se materialmente verdadeiro, utilizado para a inserção de declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita. Mas,

3. Ensinamos nas primeiras edições que a exposição de motivos do Código de Processo Penal, diferentemente daquela estampada no Código Penal, era hipótese de interpretação autêntica (contextual), com estrutura de Lei. Porém, aprofundando o tema, logo nos rendemos aos ensinamentos da maioria e, de fato, não se percebe diferença entre elas, razão pela qual ambas devem ser consideradas exemplos de interpretação doutrinária.

atualmente, devido ao progresso tecnológico, formulários digitais podem ser considerados documentos aptos principalmente para que alguém cometa falsidade ideológica.

Por fim, a interpretação **lógica** se baseia na razão, utilização de métodos dedutivos, indutivos e da dialética para encontrar o sentido da lei.

(C) Quanto ao resultado, fala-se em interpretação declarativa, restritiva e extensiva.

A interpretação **declarativa ou declaratória** é aquela em que a letra da lei corresponde exatamente àquilo que o legislador quis dizer, nada suprimindo, nada adicionando.

Por sua vez, é **restritiva** a interpretação que reduz o alcance das palavras da lei para que corresponda à vontade do texto (*lex plus dixit quam voluit*).

Por fim, na interpretação **extensiva** amplia-se o alcance das palavras da lei para que corresponda à vontade do texto (*lex minus dixit quam voluit*).

Interpretação quanto ao sujeito	Interpretação quanto ao modo	Interpretação quanto ao resultado
• Autêntica ou Legislativa • Doutrinária • Jurisprudencial	• Literal • Teleológica • Histórica • Sistemática • Progressiva • Lógica	• Declarativa • Restritiva • Extensiva

Ao lado dessas categorias, não podem ser esquecidas a **interpretação *sui generis***, a **interpretação conforme a Constituição** e a **interpretação conforme os direitos humanos**.

A interpretação *sui generis* se subdivide em **exofórica** e **endofórica**, dependendo do conteúdo que complementarizará o sentido da norma interpretada.

Exofórica ocorre quando o significado da norma interpretada não está no ordenamento normativo. A palavra “tipo”, por exemplo, presente no art. 20 do CP, tem seu significado extraído da doutrina (e não da lei).

Será **endofórica** quando o texto normativo interpretado toma de empréstimo o sentido de outros textos do próprio ordenamento, ainda que não sejam da mesma Lei. Esta espécie está presente na norma penal em branco (assunto que aprofundamos no tópico princípio da legalidade).

Já a **interpretação conforme a Constituição** assume nítido relevo dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, em que a Constituição deve informar e conformar as normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Esta forma de interpretação é marcada pelo confronto entre a norma legal e a Constituição, aferindo a validade daquela dentro de uma perspectiva garantista, numa verdadeira “filtragem” à qual só resistem aqueles dispositivos que não estão em desacordo com os direitos e garantias da Carta Magna.

Na **interpretação conforme os direitos humanos**, deve-se preferir, nos casos em que a norma admite diversas acepções, a mais consentânea com os direitos humanos. É

algo semelhante ao que se faz na interpretação conforme a Constituição: afastam-se da norma os sentidos que a levem a contrariar os direitos humanos, que permeiam todo o Direito.

Note-se que não se trata de interpretar a norma segundo os direitos fundamentais, positivados na Constituição Federal. Embora parcela da doutrina utilize as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como sinônimas, a última tem uma carga semântica muito mais aberta e, na prática, é mais abrangente do que a primeira. Nos direitos humanos há uma pretensão normativa de universalidade, abrangendo qualquer pessoa numa perspectiva extraestatal. Exatamente por isso, é preciso ter cautela para evitar o arbítrio que pode decorrer de decisões fundamentadas apenas em conceitos abstratos, permeadas pela retórica da proteção à dignidade da pessoa humana. A interpretação conforme os direitos humanos deve se fundamentar em dados concretos, apreensíveis na realidade e repetíveis em situações semelhantes a fim de que se prestigie a segurança jurídica e se evitem decisões ao simples alvedrio do julgador. Por isso, é importante a adoção de mecanismos como a participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas – muito especialmente em cortes superiores, cujas decisões são mais impactantes – para que a sociedade civil tenha a chance de munir o julgador com elementos que o auxiliem a compor a abstração inerente aos direitos humanos com a realidade dos que são impactados pela decisão.

Por fim, pontue-se que se encontra doutrinariamente ultrapassada a distinção entre interpretação **objetiva** e **subjativa**. Aquela (objetiva), segundo a doutrina clássica, seria caracterizada pela busca da vontade da lei (*volunta legis*), enquanto esta (subjativa), pela busca da vontade do legislador (*volunta legislatoris*). É certo que, atualmente, o princípio da legalidade impede que a vontade do responsável pela edição da norma tenha maior relevância, devendo o texto normativo figurar como ponto de partida para o intérprete.

2. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

No assunto interpretação destaca-se a extensiva, mais precisamente, a discussão se pode (ou não) ser em prejuízo do réu, debate que, pela sua importância, merece tópico próprio com as várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

Lembremos que a interpretação extensiva se dá quando o intérprete amplia o significado de uma palavra para alcançar o real significado da norma.

Para **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** é indiferente se a interpretação extensiva beneficia ou prejudica o réu:

“pois a tarefa do intérprete é conferir aplicação lógica ao sistema normativo, evitando-se contradições e injustiças”⁴.

LUIZ REGIS PRADO, citando nosso Código Penal, dá alguns exemplos:

“o art. 130 do Código Penal (perigo de contágio venéreo) inclui não só o perigo, mas também o próprio contágio de moléstia

4. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 91-92.

grave; no art. 168 (apropriação indébita), a expressão “coisa alheia” inclui a coisa comum; o art. 235 (bigamia) refere-se não apenas à bigamia, mas também à poligamia; o art. 260 (perigo de desastre ferroviário) envolve, além do serviço ferroviário, o serviço de metrô”⁵.

Em sentido contrário, temos jurisprudência que, socorrendo-se do princípio do *in dubio pro reo*, limita a sua aplicação às normas não incriminadoras. Entende-se que a função garantista do Direito Penal exige que se lhe conceda interpretação cada vez mais restrita, visão que encontra correspondência clara no artigo 22. 2, do Estatuto de Roma:

“A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. **Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor** da pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.”

Assim decidiu o STJ:

“O princípio da estreita legalidade impede a interpretação extensiva para ampliar o objeto descrito na lei penal. Na medida em que as multas não se inserem no conceito de tributo é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida – quer pelo meio empregado quer pela sua não incidência – tenha o condão de configurar o delito de excesso de exação, sob pena de violação do princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal”⁶.

Temos, no entanto, no mesmo tribunal, exemplos de interpretação extensiva contra o réu, como ocorre no caso do art. 41 da Lei 11.340/06, que veda a aplicação da Lei 9.099/95 “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher”. O tribunal firmou o entendimento de que, não obstante a lei mencione apenas os crimes, as contravenções estão abrangidas pela vedação:

“Para fins da Lei Maria da Penha, a palavra “crime” deve ser interpretada como infração penal, ou seja, corresponde aos crimes e às contravenções descritas no Decreto-lei n. 3.688/1941.”⁷

O STF também já decidiu no mesmo sentido:

“O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato.”⁸

ZAFFARONI e PIERANGELI, apesar de defenderem a aplicação do *in dubio pro reo* como regra de interpretação, admitem, em casos excepcionais (e sempre obedecendo a limites),

5. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 72.

6. REsp 476.315/DF – Sexta Turma – Rel. Ministro Celso Limongi (des. convocado) – DJe 22/02/2010.

7. RHC 88.515/RJ – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – DJe 30/05/2018.

8. HC 106.212/MS – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – DJe 13/11/2011.

a interpretação extensiva da lei penal contra o agente, em especial quando sua aplicação restrita resulta num escândalo por sua notória irracionalidade. Escrevem:

“Cremos que há um limite semântico do texto legal, além do qual não se pode estender a punibilidade, pois deixa de ser interpretação para ser analogia. Dentro dos limites da resistência da flexibilidade semântica do texto são possíveis interpretações mais amplas ou mais restritivas da punibilidade, mas não cremos que isso possa ser feito livremente, mas que deve obedecer a certas regras, como também entendemos que o princípio do *in dubio pro reo* tem vigência penal somente sob a condição de que seja aplicado corretamente”⁹.

Dentro desse espírito, não se pode negar que o legislador, ao utilizar em determinados tipos a expressão “arma” (ex: artigo 158, § 1º, do CP – extorsão majorada pelo emprego de arma), abrange qualquer instrumento, fabricado com ou sem finalidade bélica, capaz de servir para o ataque (revólver, faca de cozinha, madeira, lâmina de barbear etc). Quando quer restringir seu alcance, é expresso, como ocorre com o delito de roubo. Nesse tipo, com o advento da Lei 13.964/19, a arma branca majora a pena até 1/2 (art. 157, §2º., VIII), e a arma de fogo em 2/3 (art. 157, §2º.-A, I).

3. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA

A interpretação extensiva não pode ser confundida com a **interpretação analógica**.

Na interpretação analógica (ou *intra legem*) o Código, atendendo ao princípio da legalidade, detalha todas as situações que quer regular e, posteriormente, permite que aquilo que a elas seja semelhante possa também ser abrangido no dispositivo.

É o que ocorre, por exemplo, no artigo 121, §2º, I, do Código Penal, que dispõe ser qualificado o homicídio quando cometido “*mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe*” (grifos aditados). Percebe-se que o legislador fornece uma fórmula casuística (“mediante paga ou promessa”) e, em seguida, apresenta uma fórmula genérica (“ou por outro motivo torpe”)¹⁰.

Deste modo, o significado que se busca é extraído do próprio dispositivo, levando-se em conta as expressões abertas e genéricas utilizadas pelo legislador. Existe norma a ser aplicada ao caso concreto. Depois de exemplos, o legislador encerra de forma genérica, permitindo ao aplicador encontrar outras hipóteses.

Diferenciando os dois tipos de interpretação, Rogério Greco assevera que: “a interpretação extensiva é o gênero, no qual são espécies a *interpretação extensiva em sentido estrito* e a *interpretação analógica*”. Para identificar de que espécie se trata, conclui o autor

9. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 170.

10. Também exemplifica a interpretação analógica a norma prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que prescreve a conduta de condução de veículo automotor sob efeito de álcool (fórmula casuística) “ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (fórmula genérica).

que se deva considerar a lei penal e verificar se a mesma traz as fórmulas casuística e genéricas (interpretação analógica) ou não fornece um padrão (interpretação extensiva em sentido estrito), neste caso deixando a cargo do intérprete a extensão do conteúdo da lei objeto de interpretação¹¹.

Por fim, a interpretação extensiva e a interpretação analógica distinguem-se da **analogia** (ver tópico abaixo), por ser esta uma **regra de integração** do ordenamento jurídico. A analogia decorre, portanto, de uma lacuna, um vazio normativo – e não de uma lei pendente de interpretação.

4. INTEGRAÇÃO DA LEI PENAL (ANALOGIA)

Como já antecipado, as hipóteses de interpretação acima expostas (extensiva e analógica) não se confundem com a **analogia**. Nesse caso, ao contrário dos anteriores, partimos do pressuposto de que não existe uma lei a ser aplicada ao caso concreto, motivo pelo qual é preciso socorrer-se de previsão legal empregada à outra situação similar.

Representada em latim pelos brocardos “*ubi eadem ratio ibi idem jus*” (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito), ou “*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*” (onde impera a mesma razão deve prevalecer a mesma decisão), a analogia consiste no complexo de meios dos quais se vale o intérprete para suprir a lacuna (o vazio) do direito positivo e integrá-lo com elementos buscados no próprio direito. Nesta ótica, seu **fundamento é sempre a inexistência** de uma disposição precisa de **lei** que alcance o caso concreto.

Nas precisas lições de **BENTO DE FARIA**:

“Não é suscetível de interpretação uma norma *que ainda não existe, mas que se procura*. Daí a inadmissibilidade, em regra, da analogia em matéria penal, como decorrente do princípio fundamental *nulum crimen nulla poena sine lege*”¹².

Embora a regra seja a da vedação do emprego da analogia no âmbito penal (em respeito ao princípio da reserva legal), a **doutrina é uníssona** ao permitir este recurso integrativo desde que estejam presentes dois requisitos: **(A)** certeza de que sua aplicação será favorável ao réu (“*in bonam partem*”) e **(B)** existência de uma efetiva lacuna legal a ser preenchida¹³.

Em síntese, com espreque no princípio da legalidade, o emprego da analogia no Direito Penal somente é permitido a favor do réu, jamais em seu prejuízo, seja criando tipos incriminadores, seja agravando as penas dos que já existem. Pertinente, nesse contexto, a advertência feita por **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

11. Ob. cit., p. 44.

12. *Código Penal Brasileiro*. vol.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, p. 105-106.

13. Não se ignora doutrina (Assis Toledo) alertando que a analogia pressupõe falha, omissão na lei, não tendo aplicação quando estiver claro no texto legal que a *mens legis* quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes.

“Até mesmo o emprego da analogia para favorecer o réu deve ser reservado para hipóteses excepcionais, uma vez que o princípio da legalidade é a regra, e não a exceção”¹⁴.

De acordo com o substrato utilizado pelo operador do direito para encontrar a norma através da analogia, podemos classificá-la em analogia *legis* ou legal e analogia *iuris* ou jurídica.

A **analogia legis** é caracterizada pela utilização de outra disposição normativa para integrar a lacuna existente no ordenamento jurídico, enquanto a **analogia iuris** se caracteriza pelo emprego de um princípio geral do direito para regular um caso semelhante, também diante da inexistência da norma aplicável.

Em síntese:

Interpretação extensiva	Interpretação analógica	Analogia
É forma de interpretação	É forma de interpretação	É forma de integração do direito
Existe norma para o caso concreto	Existe norma para o caso concreto	Não existe norma para o caso concreto
Amplia-se o alcance da palavra (não importa no surgimento de uma nova norma)	Utilizam-se exemplos seguidos de uma fórmula genérica para alcançar outras hipóteses	Cria-se nova norma a partir de outra (analogia <i>legis</i>) ou do todo do ordenamento jurídico (analogia <i>iuris</i>)
Prevalece ser possível sua aplicação no Direito Penal <i>in bonam</i> ou <i>in malam partem</i> .	É possível sua aplicação no Direito Penal <i>in bonam</i> ou <i>in malam partem</i> .	É possível sua aplicação no Direito penal somente <i>in bonam partem</i> .
Ex: a expressão “arma” no crime de extorsão majorado (art. 158, § 1º, do CP).	Ex: homicídio mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe. (art. 121, §2º, I, III e IV, CP).	Ex: isenção de pena, prevista nos crimes contra o patrimônio, para o cônjuge e, analogicamente, para o companheiro (art. 181, I, CP).*

- Outro exemplo comumente suscitado é o da licitude do aborto realizado para interromper gestação decorrente de estupro. Caso a gravidez tivesse decorrido da mobilidade dos espermatozoides após prática de atentado violento ao pudor, seria perfeitamente aplicável a analogia para favorecer o réu. Note-se que, após a lei 12.015/2009, que uniu as duas condutas em um só tipo penal, denominado de estupro, não é mais necessário recorrer a esta forma de integração do direito.

14. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 92.

Capítulo V

TEORIA GERAL DA NORMA PENAL

Sumário • 1. Princípios e sua relação com o Direito Penal; 2. Princípios gerais do Direito Penal; 2.1. Princípios relacionados com a missão fundamental do direito penal; 2.1.1 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; 2.1.2. Princípio da intervenção mínima; 2.1.2.1 Princípio da insignificância (ou bagatela própria); 2.1.2.2 Princípio da bagatela imprópria; 2.1.2.3 Princípio da adequação social; 2.2 Princípios relacionados com o fato do agente; 2.2.1. Princípio da exteriorização ou materialização do fato; 2.2.2. Princípio da legalidade; 2.2.2.1. Princípio da legalidade, tipo aberto e a norma penal em branco; 2.2.3. Princípio da ofensividade ou lesividade; 2.3. Princípios relacionados com o agente do fato; 2.3.1. Princípio da responsabilidade pessoal; 2.3.2. Princípio da responsabilidade subjetiva; 2.3.3. Princípio da culpabilidade; 2.3.4. Princípio da igualdade; 2.3.5. Princípio da presunção de inocência (ou da não culpa); 2.4. Princípios relacionados com a pena; 2.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.4.2. Princípio da individualização da pena; 2.4.3. Princípio da proporcionalidade; 2.4.4. Princípio da pessoalidade; 2.4.5. Princípio da vedação do *bis in idem*.

1. PRINCÍPIOS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

Previamente à análise dos princípios penais, convém, ainda que de maneira muito breve, tecer alguns comentários aplicáveis a toda a espécie de princípio.

Os princípios podem ser explícitos, positivados no ordenamento, ou implícitos, quando derivam daqueles expressamente previstos e decorrem de interpretação sistemática de determinados dispositivos. Como exemplo dos primeiros, temos o da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, do qual deriva, implicitamente, o da proporcionalidade, segundo o qual se deve estabelecer um equilíbrio entre a gravidade da infração praticada e a severidade da pena, seja em abstrato, seja em concreto.

Devem ser ressaltadas **duas** diferenças básicas entre a lei e os princípios.

A **primeira** diferença reside na forma de solução de conflito existente entre ambos. Havendo embate entre leis, somente uma delas prevalecerá, afastando-se as demais. Não será essa a solução, todavia, para o enfrentamento entre princípios.

Neste caso, invoca-se a proporcionalidade¹ (ou ponderação de valores), aplicando-os em conjunto, na medida de sua compatibilidade. Logo, não há revogação de princípios.

1. A proporcionalidade aqui mencionada não se confunde com o princípio penal com essa mesma denominação, que é derivado da individualização da pena e que não se destina à solução de conflitos entre princípios.

Essa distinção é também preconizada por **RONALD DWORKING**, que explica que:

“As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”².

É por este motivo que os princípios continuam válidos no plano abstrato, embora no plano concreto um deles possa ter prevalecido sobre o outro.

Outra diferença está no plano da concretude. Malgrado ambos sejam dotados de aplicação abstrata, os princípios possuem maior abstração quando comparados à lei. Com efeito, a lei é elaborada para reger abstratamente determinado fato, enquanto os princípios se aplicam a um grupo indefinido de hipóteses. Por exemplo: a norma incriminadora prevista no artigo 155 do Código Penal serve para reger todas as situações em que ocorra um furto. De outra parte, o princípio da legalidade serve de respaldo para a análise de todo o Direito, e, por conta disso, permeia a análise de todos os tipos penais.

Feitas estas breves considerações, passemos à análise dos princípios norteadores do Direito Penal.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL

O estudo dos princípios tomará como base a classificação adotada por Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, na obra “Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais” (ed. Revista dos Tribunais), na qual são separados em quatro grupos: 1 – princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal; 2 – princípios relacionados com o fato do agente; 3 – princípios relacionados com o agente do fato; 4 – e, por fim, princípios relacionados com a pena.

1º Princípios relacionados com a MISSÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL	2º Princípios relacionados com o FATO DO AGENTE	3º Princípios relacionados com o AGENTE DO FATO	4º Princípios relacionados com a PENA
Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos	Princípio da exteriorização ou materialização do fato	Princípio da responsabilidade pessoal	Princípio da dignidade da pessoa humana
Princípio da intervenção mínima	Princípio da legalidade	Princípio da responsabilidade subjetiva	Princípio da individualização da pena

2. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35-46.

1º Princípios relacionados com a MISSÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL	2º Princípios relacionados com o FATO DO AGENTE	3º Princípios relacionados com o AGENTE DO FATO	4º Princípios relacionados com a PENA
	Princípio da ofensividade / lesividade	Princípio da culpabilidade	Princípio da proporcionalidade
		Princípio da isonomia	Princípio da personalidade
		Princípio da presunção de inocência	Princípio da vedação do “bis in idem”

2.1. Princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal

2.1.1. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Segundo LUIZ REGIS PRADO:

“Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.”³

Gianpaolo Poggio Smanio propõe a seguinte classificação de bens jurídico-penais⁴:

a) de natureza individual, “são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular”. Como exemplos, podem ser citados: a vida, a integridade física, a propriedade e a honra.

b) de natureza coletiva, “que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares”. Estão compreendidos dentro do interesse público. Podem ser citados como exemplos a incolumidade pública e a paz pública.

c) de natureza difusa, “que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares”. Contudo, trazem uma conflituosidade social que contrapõem diversos grupos dentro da sociedade. São exemplos o meio ambiente, as relações de consumo, a saúde pública e a economia popular.

3. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

4. *Tutela Penal dos Interesses Difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, pg. 93.

Como se observa, a noção de bem jurídico pressupõe a relevância para a sociedade de determinado “ente material ou imaterial”⁵, o que deve encontrar respaldo nos valores que emanam da Constituição e nos princípios do Estado Democrático e Social do Direito.

Partindo dessas premissas, não poderia o Estado (legislador) utilizar o Direito Penal para, por exemplo, criminalizar o exercício de uma religião específica, sabendo que a liberdade de crença é assegurada pela Constituição Federal. Assim como seria inconcebível a tipificação fundamentada na proibição pela proibição ou mesmo a utilização da lei penal como simples instrumento de obediência, sem que se visasse à proteção específica de algum bem jurídico cuja relevância merecesse a intervenção do Direito Penal.

Por isso, a criação de tipos penais deve ser pautada pela proibição de comportamentos que de alguma forma exponham a perigo ou lesionem valores concretos essenciais para o ser humano, estabelecidos na figura do bem jurídico. Note-se que, como lembra JUAREZ TAVARES:

“A referência a valores concretos não significa identificar o bem jurídico com o objeto material (objeto da ação). O bem jurídico pode ter tanto aspectos materiais quanto ideais, o que não desnatura seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto porque a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito. O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social”⁶.

5. Importa notar que, com o passar dos tempos, os bens jurídicos tutelados pelo nosso ordenamento têm adquirido novos contornos. Antes, a proteção recaía predominantemente sobre bens precisos, específicos, materiais, como o patrimônio, vida, integridade física, etc. Atualmente, a tutela penal tem se dado sobre o meio ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo, dentre outros. Este fenômeno tem sido denominado **espiritualização, desmaterialização ou dinamização do bem jurídico**, já que a proteção jurídico-penal passa a incidir sobre bens coletivos, difusos e não mais aqueles titularizados por um indivíduo especificamente. Como bem anota Andreas Elisele, Independentemente da ideologia que orienta cada postura política, o fato é que o modelo de Direito Penal é determinado pelo modelo de Estado. Portanto, se no âmbito constitucional nosso Estado atribui relevância a interesses coletivos, transindividuais e difusos (como é o caso do meio ambiente, das relações de consumo, da economia etc.), e reconhecido o significado social e as repercussões práticas das atuações das pessoas jurídicas, parece natural uma tendência à elaboração de um Direito Penal com um conteúdo coerente com tais aspectos (ob. cit. p. 56).
6. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. RT. vol. 3. p. 711/728. Out/2010.

2.1.2. Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal só deve ser aplicado quando **estritamente necessário**, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter *subsidiário*), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter *fragmentário*)⁷.

O Direito, independentemente do ramo em que se considere, tem a função precípua de garantir a manutenção da paz social, solucionando ou evitando conflitos de forma a permitir a regular convivência em sociedade. Por isso, normas, por exemplo, de Direito Civil determinam que, uma vez praticado um ato ilícito, faz-se necessária a reparação, e, por sua vez, o Direito Processual Civil prevê mecanismos aptos a compelir o autor de tal ato a remediar o dano causado.

No entanto, há casos em que somente o Direito Penal é capaz de evitar a ocorrência de atos ilícitos ou de puni-los à altura da lesão ou do perigo a que submeteram determinado bem jurídico, dotado de relevância para a manutenção da convivência social pacífica.

É a partir daí que se verifica a importância do princípio da intervenção mínima (destinado especialmente ao legislador), segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário (*ultima ratio*), mantendo-se subsidiário. Deve servir como a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significação e relevo.

De acordo com Andreas Eisele, a subsidiariedade se relaciona com o aspecto qualitativo do controle social; a fragmentariedade, com o aspecto quantitativo:

“No aspecto quantitativo, a incidência do controle deve ser limitada a apenas uma parcela (e não abranger a totalidade) dos fatos ilícitos, motivo pelo qual o conteúdo normativo do Direito Penal possui caráter fragmentário, eis que abrange somente alguns fatos,

-
7. O princípio da intervenção mínima tem sido invocado no debate sobre o alcance das disposições relativas à lavagem de dinheiro, especialmente após a alteração da Lei nº 9.613/98. Sabe-se que, em sua redação original, o art. 1º da referida Lei trazia um rol de crimes, em geral graves, que poderiam ser considerados antecedentes à lavagem. Uma vez em vigor a Lei nº 12.683/12, aboliu-se o rol antecedente, razão por que qualquer infração penal da qual resultem bens, direitos ou valores passíveis de ocultação ou de dissimulação pode caracterizar a conduta pressuposta. É nesta circunstância que a intervenção mínima ganha destaque, pois há apontamentos no sentido de que deve ser observada a carga de gravidade da infração penal anterior para que eventualmente se legitime a punição do branqueamento de recursos dela advindos. Dessa forma, se o ato de converter em ativo lícito o produto de rendosa atividade de “jogo do bicho” pode atrair a incidência da lei penal de lavagem, o mesmo não poderia ser dito a respeito de conduta semelhante relativa ao produto pouco vultoso de um bingo promovido isoladamente. Sobre o assunto, pontua Luiz Flávio Gomes: “Não é qualquer ofensa que constitui o delito de lavagem de dinheiro. Os órgãos encarregados da investigação e processamento da lavagem de dinheiro não podem bagatelarizar a lei, admitindo sua incidência em qualquer caso. Da lei não constou nenhum critério objetivo para definir o que é relevante e o que não é. Como linha de princípio, pensamos que o mesmo critério reinante do princípio da insignificância e vigente para os crimes tributários deve valer para a lavagem” (Disponível em <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/pela-nao-bagatelarizacao-da-lavagem-de-dinheiro-sujo/>).

dentre os classificados como ilícitos no ordenamento jurídico. Como o Direito Penal apenas abrange a parcela dos fatos ilícitos que são considerados de relevância social acentuada (mediante um critério de seleção política), muitos fatos ilícitos lhe são indiferentes, motivo pelo qual a intervenção penal possui como característica a excepcionalidade, devido a sua abrangência parcial e casuística. Portanto, nem todo fato ilícito é, necessariamente, um ilícito penal, embora todo ilícito penal seja um fato ilícito.

No aspecto qualitativo, a excepcionalidade da incidência do controle deve ser orientada pela configuração de situações eticamente intoleráveis no contexto social, em relação às quais os outros instrumentos disponíveis ao Estado não sejam suficientemente eficazes para evitar a ocorrência dos fatos proibidos, ou implementar os comportamentos impostos. Ou seja, sua incidência deve ser subsidiária à implementação dos outros meios de controle estatal, pois a intervenção penal constitui a mais extrema medida de controle (*ultima ratio*) à disposição do Estado, eis que é materializada mediante o uso da força. Neste contexto, a necessidade é o referencial político fundamental à legitimidade da incidência do controle penal.

O Direito Penal não é o único instrumento que o Estado dispõe para exercer o controle social. Porém, é o meio interventivo mais violento à sua disposição, motivo pelo qual, antes da utilização deste recurso, devem ser implementados todos os outros meios de controle que a sociedade (representada ou não pelo Estado) dispõe, e apenas quando todos se mostrarem de eficácia insuficiente, o uso do Direito Penal se torna legítimo. Esta legitimidade decorre da necessidade da intervenção penal, motivo pelo qual a subsidiariedade é um princípio político limitador do âmbito do poder punitivo do Estado”.⁸

Na lição de **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**, o princípio da intervenção mínima:

“também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais”.⁹

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, seguindo a mesma linha, já enfatizava que:

“Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na

8. Ob. cit., p. 58.

9. Ob. cit., p. 58.

ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa”¹⁰.

Como desdobramento lógico da fragmentariedade, temos o **princípio da insignificância**. Ainda que o legislador crie tipos incriminadores em observância aos princípios gerais do Direito Penal, poderá ocorrer situação em que a ofensa concretamente perpetrada seja diminuta, isto é, **incapaz** de atingir materialmente e de forma relevante e intolerável o bem jurídico protegido. Nesses casos, estaremos diante do que se denomina “**infração bagatelar**”, ou “**crime de bagatela**”, tema aprofundado no tópico seguinte.

2.1.2.1. Princípio da insignificância (ou bagatela própria)

Para análise adequada do princípio da insignificância, alguns apontamentos acerca da tipicidade penal merecem ser efetuados.

Primeiramente, deve-se ter em consideração que a doutrina tradicional entendia a tipicidade como sendo a mera subsunção da conduta empreendida pelo agente à norma abstratamente prevista. Essa adequação conduta-norma é denominada de “tipicidade formal”. A tendência atual, todavia, é a de conceituar a tipicidade penal pelo seu aspecto formal aliado à tipicidade conglobante.

A tipicidade conglobante, por sua vez, compreende dois aspectos: **(A)** se a conduta representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material) e **(B)** se a conduta é determinada ou fomentada pela lei (antinormatividade).

Assim, não basta a existência de previsão abstrata na qual se amolde perfeitamente a conduta em exame, sendo necessário, ainda, que essa conduta não seja determinada ou incentivada pelo nosso ordenamento, e que atente, de maneira relevante, contra o bem jurídico tutelado.

O princípio da insignificância tem lugar justamente neste primeiro aspecto da tipicidade conglobante, mais precisamente no campo da **tipicidade material**.¹¹

O legislador, ao tratar da incriminação de determinados fatos, ainda que norteado por preceitos que limitam a atuação do Direito Penal, não pode prever todas as situações

10. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003, p. 05.

11. A tipicidade material não está relacionada apenas com o princípio da insignificância. Resumidamente, temos o seguinte: a) princípio da insignificância: é materialmente atípica a conduta que provoca uma lesão irrelevante ao bem jurídico; b) princípio da lesividade: é materialmente atípica a conduta que não provoca sequer ameaça de lesão ao bem jurídico; c) princípio da adequação social: é materialmente atípica a conduta socialmente adequada; d) princípio da alteridade: é materialmente atípica a conduta que não lesa bens jurídicos de terceiros; e) atos determinados por lei: é materialmente atípica a conduta considerada lícita pelo ordenamento jurídico.

em que a ofensa ao bem jurídico tutelado dispensa a aplicação de reprimenda em razão de sua insignificância. Assim, sob o aspecto hermenêutico, o princípio da insignificância pode ser entendido como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade.

Segundo **CARLOS VICO MANÁS**, “o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.” Para ele, tal princípio funda-se “na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.”¹²

Os tribunais pátrios têm aceitado copiosamente o princípio da insignificância. O **Supremo Tribunal Federal**, por exemplo, assim tem decidido:

“1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal”¹³.

A aplicação do princípio da insignificância não é irrestrita. Não é suficiente que o valor do bem subtraído seja irrelevante (furar uma caneta da marca “Bic”, por exemplo). Os Tribunais Superiores estabelecem alguns requisitos necessários para que se possa alegar a insignificância da conduta. São eles: **(A)** a mínima ofensividade da conduta do agente, **(B)** a ausência de periculosidade social da ação, **(C)** o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim, **(D)** a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Como bem observa **PAULO QUEIROZ**, tais requisitos (exigidos pelo STF) para permitir a aplicação do princípio da insignificância parecem tautológicos:

12. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, 1ª. ed., São Paulo: Saraiva, pp. 56 e 81.

13. STF – Primeira Turma – HC 108946 – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJe 07/12/2011.

“Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação, e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma idéia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo”¹⁴.

Guiando-se por esses requisitos, em algumas situações específicas o princípio da insignificância não terá lugar, tendo sido afastado por diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Confira o quadro abaixo com as principais decisões desses tribunais, ressaltando-se, ao lado, se houve, na espécie, aplicação ou não do princípio da insignificância.

	JULGADO	APLICA-SE?
Requisitos para a aplicação do princípio da insignificância	STF “1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos” (HC 142.200 AgR/MG, Primeira Turma, DJe 20/06/2017). “O Plenário aduziu ser necessário ter presentes as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante da aplicação do princípio da insignificância. Negar a tipicidade significaria afirmar que, do ponto de vista penal, as condutas seriam lícitas. Além disso, a alternativa de reparação civil da vítima seria possibilidade meramente formal e inviável no mundo prático. Sendo assim, a conduta não seria apenas penalmente lícita, mas imune a qualquer espécie de repressão. Isso estaria em descompasso com o conceito social de justiça, visto que as condutas em questão, embora pudessem ser penalmente irrelevantes, não seriam aceitáveis socialmente. Ante a inação estatal, poder-se-ia chegar à lamentável consequência da justiça privada. Assim, a pretexto de favorecer o agente, a imunização de sua conduta pelo Estado o deixaria exposto a uma situação com repercussões imprevisíveis e mais graves. Desse modo, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, envolveria juízo muito mais abrangente do que a simples expressão do resultado da conduta. Importaria investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, traduzido pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela ausência de reprovabilidade, de	—

14. *Direito Penal – Parte Geral*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

JULGADO	APLICA-SE?
modo a impedir que, a pretexto da insignificância do resultado meramente material, acabasse desvirtuado o objetivo do legislador quando formulada a tipificação legal. Aliás, as hipóteses de irrelevância penal não teriam passado despercebidas pela lei, que conteria dispositivos a contemplar a mitigação da pena ou da persecução penal. Para se conduzir à atipicidade da conduta, portanto, seria necessário ir além da irrelevância penal prevista em lei. Seria indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei fosse alcançada” (HC 123108/MG, Plenário, DJe 17/08/2015).	
STJ “Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004). De maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial” (HC 389.537/AC, Quinta Turma, DJe 01/08/2017).	—
STF “1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente” (HC 123.108/MG, Tribunal Pleno, DJe 01/02/2016).	NÃO
STJ “(...) 2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
	penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas. 3. Posta novamente em discussão a questão da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mesmo diante da reincidência do réu, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável. 4. Situação em que, a despeito de a tentativa de furto ter recaído sobre bem cujo valor correspondia a 8,84% (oito vírgula oitenta e quatro por cento) do valor do salário mínimo à época do fato, tanto o primeiro quanto o segundo grau de jurisdição refutaram a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, diante da reincidência e do fato de que o delito não fora praticado em estado de necessidade, representando a conduta do réu “verdadeira alternativa de sobrevivência, (...) inadmissível, ainda mais para um cidadão de 40 anos de idade, saudável, residente em local onde há sobra de oferta de trabalho lícito, bem como onde também há assistência social capaz de suprir as necessidades básicas do cidadão – alimentação, local para dormir e banhar-se” (EResp 1.531.049/RS, Terceira Seção, DJe 01/06/2016). “A multirreincidência específica somada ao fato de o acusado estar em prisão domiciliar durante as reiterações criminosas são circunstâncias que inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância (...) A multirreincidência específica somada ao fato de o acusado estar em prisão domiciliar durante as reiterações criminosas são circunstâncias que inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância” (REsp 1.957.215/MG, Sexta Turma, j. 23/08/2022). “A restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância” (REsp nº 2.062.375/AL, Terceira Seção, j. 25/10/2023).	
	STJ “1. Para a jurisprudência da Sexta Turma, a multirreincidência específica, via de regra, afasta a aplicação do princípio da insignificância no crime de furto. Entretanto, em casos excepcionais, nos quais é reduzidíssimo o grau de reprovabilidade da conduta, tem esta Corte Superior admitido a incidência do referido princípio, ainda que existentes outras condenações (...). 2. No caso concreto, levando em consideração a res furtiva, consistente em gêneros alimentícios, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), fl. 135, que foi, em sua integralidade, restituída à vítima (fl. 154), mostra-se presente a excepcionalidade que autoriza a incidência do princípio da insignificância.” (AgRg no REsp 2.011.325/MG, Sexta Turma, j. 11/09/2023).	SIM

	JULGADO	APLICA-SE?
Capacidade financeira da vítima	STF “Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor “subtraído representava todo o valor encontrado no caixa (fl. 11), sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta.” Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, entendo que não houve inexpressividade da lesão jurídica provocada” (RHC 96813, Segunda Turma, DJe 24/04/2009)	NÃO
	STJ “Por força do princípio da insignificância é atípica a conduta consistente em furtar um fio de cobre medindo cerca de um metro e meio, avaliado em R\$ 90,00 (noventa reais), valor irrisório à luz da enorme capacidade financeira da vítima, uma grande empresa privada brasileira, sobretudo porque o presente caso não aponta para maior reprovabilidade da conduta já que o réu não é reincidente, não houve violência, o delito é tentado e o bem foi restituído à vítima” (AgRg no REsp 1.668.361/SP, Sexta Turma, DJe 26/06/2017). “1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. O pequeno valor da res furtiva – uma parafusadeira, que representa cerca de 7% do salário mínimo vigente à época dos fatos –, aliado à capacidade financeira da vítima, um hipermercado, ao qual o bem foi restituído, denota não relevante interesse social na onerosa intervenção estatal, ainda que se trate de réu reincidente 3. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial para absolver o agravante da imputação do art. 155, caput, do CP, por atipicidade material da conduta” (AgRg no AREsp 1.617.119/SP, Sexta Turma, DJe 27/02/2020).	SIM
	STJ “In casu, não se cuida de conduta de mínima ofensividade, sendo que não se pode considerar como inexpressiva a lesão jurídica provocada, em razão do valor da res furtiva, avaliada em R\$ 825,34, que não pode ser tido por irrisório, porquanto bem superior ao salário mínimo vigente à época, ainda que se leve em conta a capacidade financeira da vítima” (HC 319.636/MS, Sexta Turma, DJe 17/12/2015).	NÃO
Crimes contra a ordem tributária (Descaminho, Apropriação Indébita Previdenciária, Sonegação Fiscal)	STF “Habeas Corpus originário. Descaminho. Valor do tributo inferior a vinte mil reais. Princípio da Insignificância. Concessão da ordem. 1. Em matéria de aplicação do princípio da insignificância às condutas, em tese, caracterizadoras de descaminho (art. 334, caput, segunda parte do Código Penal), o fundamento que orienta a avaliação da tipicidade é aquele objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido. 2. A atualização, por meio de Portaria do Ministério da	SIM

	JULGADO	APLICA-SE?
	Fazenda, do valor a ser considerado nas execuções fiscais repercuta, portanto, na análise da tipicidade de condutas que envolvem a importação irregular de mercadorias” (HC 127.173/PR, Primeira Turma, DJe 02/05/2017). “I – Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonogado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. Precedentes. II – Mesmo que o suposto delito tenha sido praticado antes das referidas Portarias, conforme assenta a doutrina e jurisprudência, norma posterior mais benéfica retroage em favor do acusado. III – Ordem concedida para trancar a ação penal” (HC 139.393/PR, Segunda Turma, DJe 02/05/2017). Embora ainda não seja possível falar em mudança de jurisprudência, duas decisões tomadas pelo STF em 2018 sinalizam que o tribunal pode modificar sua postura diante de situações relativas à importação de mercadorias sem o pagamento de impostos. Com efeito, no julgamento dos HC 128.063/PR e 149.114/PR o tribunal concluiu que norma relativa à ação fiscal não tem influência na atuação do Ministério Público na seara penal. Nota-se nestas decisões a tendência de pura e simplesmente vedar o princípio da insignificância ao menos na grande maioria dos crimes de descaminho, pois se descartou a influência não só das portarias ministeriais sobre cobrança fiscal, mas também de leis relativas à execução fiscal, que não poderiam limitar a ação penal. Assim, somente se inseriria no âmbito da insignificância o não pagamento de tributo de valor realmente baixo, que se adequasse aos mesmos critérios já utilizados em outros crimes para a análise da irrelevância penal.	
	STJ “1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO – Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.” (REsp 1.709.029/MG, Terceira Seção, j. 28/02/2018).	SIM

JULGADO	APLICA-SE?
“Ainda que a incidência do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho, quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00, tenha aplicação somente aos tributos de competência da União, à luz das Portarias n. 75/2012 e n. 130/2012 do Ministério da Fazenda, parece-me encontrar amparo legal a tese da defesa quanto à possibilidade de aplicação do mesmo raciocínio ao tributo estadual, especialmente porque no Estado de São Paulo vige a Lei Estadual n. 14.272/2010, que prevê hipótese de inexistência de execução fiscal para débitos que não ultrapassem 600 (seiscentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs, podendo-se admitir a utilização de tal parâmetro para fins de insignificância” (AgRg no REsp 1.995.766/SP, 6ª Turma, j. 14/08/2023).	
STF “1. A pertinência do princípio da <i>insignificância</i> deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. A habitualidade delitiva revela reprovabilidade suficiente a afastar a aplicação do princípio da <i>insignificância</i> (ressalva de entendimento da Relatora). Precedentes. 3. Agravo regimental conhecido e não provido” (HC 166.099 AgR/PR, Primeira Turma, DJe 11/12/2019). “(…) Isso porque não se cuida, tão somente, de sopesar o caráter pecuniário do tributo sonegado, mas, principalmente, de analisar os reais bens jurídicos tutelados e de que maneira são atingidos pela prática da conduta descrita no art. 168-A do CP. Por esse prisma, o raciocínio jurídico que conclui pela atipicidade do crime de descaminho, conforme o valor do tributo elidido, não pode ser aplicado ao delito de apropriação indébita previdenciária. A despeito de a conduta tipificada no art. 168-A tratar de crime contra ordem tributária, o bem jurídico tutelado não se restringe ao patrimônio estatal, abrangendo, também, a subsistência financeira da Previdência Social, além do resguardo dos próprios segurados e dependentes, os maiores prejudicados com a prática dessa infração” (RHC 132.706 AgR/SP, 2ª Turma, j. 21/06/2016).	NÃO
STJ “1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da não incidência do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reiteradamente autuado em processos administrativo-fiscais. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp 1.850.479/SC, j. 16/06/2020). “1. ‘A habitualidade na prática do crime do art. 334 do CP denota o elevado grau de reprovabilidade da conduta, obstando à aplicação do princípio da insignificância. Precedentes’ (AgRg no REsp 1.867.820/PR, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/5/2020, DJe 25/5/2020). 2. Apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e,	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
	consequentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.” (AgRg no REsp 1.907.574/PR, j. 24/08/2021). “No julgamento da RvCr n. 4.881/RJ, a Terceira Seção concluiu, em julgamento unânime, acompanhando entendimento do Supremo Tribunal Federal, que o princípio da insignificância não se aplicaria aos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal) e de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do Código Penal). Precedentes” (AgRg no REsp 1.832.011/MG, 6ª Turma, j. 10/08/2021).	
Contrabando	STF “O princípio da insignificância não incide na hipótese de contrabando de cigarros, tendo em vista que, além do valor material, os bens jurídicos que o ordenamento jurídico busca tutelar são os valores ético-jurídicos e a saúde pública” (HC 129.382 AgR/PR, Primeira Turma, DJe 16/09/2016). “1. A importação de arma de pressão por ação de gás comprimido, de calibre igual ou inferior a 6mm, de uso permitido, submete-se a uma proibição relativa, por se tratar de produto controlado pelo Exército. 2. A importação, sem autorização prévia do Exército, de arma de pressão por ação de gás comprimido, de calibre igual ou inferior a 6mm, de uso permitido, tipifica o crime de <i>contrabando</i>. 3. O princípio da <i>insignificância</i> não se aplica ao crime de <i>contrabando</i>. Precedentes. 4. Ordem denegada” (HC 131.943/RS, Segunda Turma, DJe 10/03/2020).	NÃO
	STJ “1. “Este Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento consolidado no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância na hipótese em que o agente introduz no território nacional medicamentos não autorizados pelas autoridades competentes, diante da potencial lesividade à saúde pública” (AgRg no REsp n. 1.153.602/GO, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/9/2018, DJe 3/10/2018). 2. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1.834.716/PR, Sexta Turma, DJe 28/08/2020). “A importação de arma de pressão, mercadoria de proibição relativa, sem a prévia autorização ou licença da autoridade administrativa, configura o delito de contrabando, por tutelar não apenas interesse econômico, mas também a segurança e a incolumidade pública, afastando a incidência do princípio da insignificância. Precedentes” (AgRg no AREsp 1.685.158/SP, Sexta Turma, DJe 07/08/2020).	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
Contrabando	STJ “1. Esta Corte de Justiça vem entendendo, em regra, que a importação de cigarros, gasolina e medicamentos (mercadorias de proibição relativa) configura crime de contrabando. 2. Todavia, a importação de pequena quantidade de medicamento destinada a uso próprio denota a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, tudo a autorizar a excepcional aplicação do princípio da insignificância” (AgRg no REsp 1.572.314/RS, Quinta Turma, DJe 10/02/2017). “O princípio da insignificância é aplicável ao crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não ultrapassar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão a o contrabando de vulto, excetuada a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação” (REsp 1.971.993/SP, Terceira Seção, j. 13/09/2023).	SIM
Crime eleitoral	TSE “1. A divulgação de propaganda criminoso dentro da cabine de votação e ao lado da urna eletrônica não pode ser considerada insignificante, pois viola a liberdade de escolha do eleitor no momento sigiloso de confirmação do voto. 2. Inaplicável o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997, porque o bem jurídico tutelado é a liberdade de exercício do voto. Precedentes. 3. Recurso especial eleitoral provido para restaurar a condenação imposta em sentença” (RESPE 6672/GO, DJe 20/03/2017). “É inaplicável o princípio da insignificância à doação de pessoa física que excede parâmetro previsto em lei para campanhas eleitorais, porquanto o ilícito se perfaz com mero extraparamento do valor doado, sendo irrelevante a quantia em excesso. Precedentes” (REPSPE 2007/SP, DJe 20/09/2016).	NÃO
Crimes contra a Administração Pública/Dec. Lei nº 201/67	STF “Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade.” (HC 104286, Segunda Turma, DJe 20/05/2011) “Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento” (HC 112388, Segunda Turma, DJe 14/09/2012)	SIM

	JULGADO	APLICA-SE?
Crimes contra a Administração Pública/Dec. Lei nº 201/67	STF “A prática de delito contra a <i>Administração Pública</i> , a envolver violação de dever funcional, mostra-se incompatível com o reconhecimento da <i>insignificância</i> ” (HC 155.984/SC, Primeira Turma, DJe 16/07/2020).	NÃO
	STJ “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública” (súmula nº 599).	NÃO
	STJ “1. Hipótese na qual o Recorrente, após adquirir, em nome de seus filhos, três bilhetes estudantis de transporte público integrado pelo preço unitário de R\$ 2,15 (dois reais e quinze centavos) – metade do valor integral (R\$ 4,30 – quatro reais e trinta centavos) – utilizou-se deles para vender acesso irregular à Estação Corinthians-Itaquera, do metrô de São Paulo, por R\$ 4,00 (quatro reais). Conforme a denúncia, um dos bilhetes foi usado regularmente duas vezes, e os outros dois foram utilizados indevidamente uma vez, cada. Isso resultou em vantagem financeira ao Recorrente de R\$ 3,70 (três reais e setenta centavos), e prejuízo financeiro à São Paulo Transporte S/A – SPTrans de R\$ 4,30 (quatro reais e trinta centavos). 2. As particularidades da espécie impõem o reconhecimento do princípio da insignificância. Tanto a vantagem patrimonial obtida, quanto o prejuízo ocasionado à Empresa de Transporte Público, foram inferiores a 0,5% do salário mínimo que vigia no ano de 2019, quando dos fatos. No mais, não há a indicação de circunstância subjetiva que eventualmente pudesse impedir a aplicação do princípio da bagatela, pois inexistem nos autos notícias do envolvimento do Recorrente em outros delitos, além de ser relevante seu relato em Delegacia de que passava por dificuldades em sustentar financeiramente sua família. (...) 4. Conforme já decidiu esta Corte, em determinadas hipóteses, nas quais for ínfima a lesão ao bem jurídico tutelado – como na espécie –, admite-se afastar a aplicação do entendimento sedimentado na Súmula n. 599/STJ, pois ‘a subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano’” (RHC 153.480/SP, 6ª Turma, j. 24/05/2022).	SIM
Moeda Falsa/ Fé pública	STF “Descabe cogitar da insignificância do ato praticado uma vez imputado o crime de circulação de moeda falsa” (HC 126.285/MG, Primeira Turma, DJe 27/09/2016).	NÃO
	STJ “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se consolidada e em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal para afastar a incidência do princípio da insignificância ao delito de moeda falsa, independentemente do valor ou quantidade de cédulas apreendidas, uma vez que o bem jurídico tutelado por esta norma penal é a fé pública” (AgRg no AREsp 1.012.476/SP, Quinta Turma, DJe 26/04/2017).	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
Posse de droga para uso pessoal	STF “No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes”. (HC 102940, Primeira Turma, DJe 06/04/2011).	NÃO
	STF “1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. Paciente que portava 1,8g de maconha. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 3. Precedentes: HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.3.2012; HC 127573, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25.11.2019. 4. Ordem concedida para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada” (HC 202883 AgR / SP, Segunda Turma, j. 15/09/2021).	SIM
	STJ “1. Em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que pequena a quantidade de drogas apreendidas, como na espécie. 2. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao delito descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em razão de se tratar de crime de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida. Precedentes 3. Agravo regimental não provido” (AgRg no RHC 147.158/SP, Sexta Turma, j. 25/05/2021).	NÃO
Tráfico de drogas/ Crimes de perigo abstrato	STF 1. Inadmissível, como regra, o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 2. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 3. O princípio da insignificância é inaplicável ao crime de tráfico de drogas. Precedentes. 4. Agravo regimental conhecido e não provido” (HC 216.077 AgR/SP, Primeira Turma, j. 08/08/2022).	NÃO
	STJ “É pacífico neste Tribunal Superior que o princípio insignificância não se aplica “aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para, esse específico fim, a quantidade de droga apreendida. Precedentes” (AgRg no RHC n. 163.579/SP, Rel. Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDTF), 5ª T., DJe 29/6/2022). Precedentes” (AgRg no HC 754.828/RJ, Sexta Turma, j. 04/10/2022).	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
Rádio e internet clandestinas	STF “Não há que se cogitar da incidência do princípio da insignificância na hipótese pois, conforme já decidiu esta Corte, a suposta operação de rádio clandestina em frequência capaz de interferir no regular funcionamento dos serviços de comunicação devidamente autorizados impede a aplicação” (HC 142.730/MT, Segunda Turma, j. 08/08/2017). “1. Inaplicável o princípio da insignificância no crime de transmissão clandestina de sinal de internet, por configurar o delito previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997, que é crime formal, e como tal, prescinde de comprovação de prejuízo para sua consumação (HC 142.738-AgR/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 21.6.2018). 2. Orientação reafirmada por este Supremo Tribunal Federal no sentido de que ‘O desenvolvimento clandestino de atividade de transmissão de sinal de internet, via rádio, comunicação multimídia, sem a autorização do órgão regulador, caracteriza, por si só, o tipo descrito no artigo 183 da Lei n.º 9.472/97, pois se trata de crime formal, inexigindo, destarte, a necessidade de comprovação de efetivo prejuízo” (HC 124.795 AgR/PR, Primeira Turma, j. 23/08/2019).	NÃO
	STF “Desenvolvimento de atividades clandestinas de telecomunicação. Artigo 183 da Lei nº 9.472/97. Princípio da insignificância. Possibilidade, em razão das particularidades do caso concreto. Precedente. Inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Demonstração da ausência de periculosidade social da ação e do reduzido grau de reprovabilidade da conduta. Ordem concedida. 1. O exame pericial elaborado pela ANATEL, que demonstrou que a suposta operação de rádio clandestina seria de baixa potência, não comprovou a sua efetiva interferência nos serviços de comunicação devidamente autorizados, o que demonstra a ausência de potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador. 2. A constatação da fiscalização de que a programação da rádio “era basicamente constituída de conteúdo evangélico” (fl. 9 do anexo 3) permite concluir a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade da conduta do paciente, o que abre margem para a observância do postulado da insignificância, já que preenchidos os seus vetores” (HC 122.507/ES, Primeira Turma, DJe 07/10/2014). “No caso, o paciente foi condenado, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela prática do delito tipificado no art. 183, caput, da Lei 9.472/1997 (1), por disponibilizar o acesso à internet a terceiros sem a autorização da Anatel. Ele possuía em seu computador o controle de acesso e a relação de vinte e dois usuários conectados, dos quais cobrava uma contraprestação mensal pela disponibilização do sinal. O Colegiado entendeu tratar-se de delito de bagatela, em razão do mínimo potencial ofensivo da conduta. Além disso, reputou haver dúvida razoável do ponto de vista do seu enquadramento penal. Asseverou que o STJ desconsiderou os fatos que foram examinados pela	SIM

	JULGADO	APLICA-SE?
	jurisdição ordinária, a qual está vis-à-vis com o réu e todo o contexto probatório, afirmando, simplesmente, estar-se diante de crime formal de perigo abstrato. Ressaltou que a questão de saber se esse serviço de internet é uma atividade de telecomunicações ou simples serviço de valor adicionado, ainda não foi decidida. Ainda que se considere uma atividade de telecomunicações e que tenha sido exercida de forma clandestina, é necessário examinar se se trata de atividade de menor potencial ofensivo. Vencidos os ministros Cármen Lúcia (relatora) e Edson Fachin, que negaram provimento ao agravo por considerar a conduta típica e ser inaplicável, à espécie, o princípio da insignificância” (HC 157.014 AgR/SE, Segunda Turma, j. 17/09/2019).	
	STJ Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997” (súmula nº 606)	NÃO
Crime ambiental	STF “No processo em exame, houve a impossibilidade de produzir-se prova material de qualquer dano efetivo ao meio ambiente, sendo a conduta do Acusado enquadrada no art. 34 da Lei n. 9.605/1998. Mesmo diante de crime de perigo abstrato, não é possível dispensar a verificação in concreto do perigo real ou mesmo potencial da conduta praticada pelo acusado com relação ao bem jurídico tutelado. Esse perigo real não se verifica na espécie vertente. O acusado estava em pequena embarcação, próximo à Ilha de Samambaia, quando foi surpreendido em contexto de pesca rústica, com vara de pescar, linha e anzol. Não estava em barco grande, munido de redes, arrasto nem com instrumentos de maior potencialidade lesiva ao meio ambiente” (Inq. 3788/DF, Segunda Turma, DJe 14/06/2016).	SIM
	STF “II – A quantidade de peixes apreendida em poder do paciente no momento em que foi detido, fruto da pesca realizada em local proibido e por meio da utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos, como no caso dos autos, lesou o meio ambiente, colocando em risco o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta. III – Ademais, os autos dão conta da existência de registros criminais pretéritos, bem como de relatos de que o paciente foi surpreendido por diversas vezes pescando ou tentando pescar em área proibida, a demonstrar a reiteração delitiva do paciente. IV – Os fatos narrados demonstram a necessidade da tutela penal em função da maior reprovabilidade da conduta do agente. Impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância. Precedentes” (HC 135.404/PR, Segunda Turma, DJe 02/08/2017).	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
	STJ “1. A devolução do peixe vivo ao rio demonstra a mínima ofensividade ao meio ambiente, circunstância registrada no <i>“Relatório de Fiscalização firmado pelo ICMBio [em que] foi informado que a gravidade do dano foi leve, além do crime não ter sido cometido atingindo espécies ameaçadas”</i>. 2. Os instrumentos utilizados – vara de molinete com carretilha, linhas e isopor –, são de uso permitido e não configuram profissionalismo, mas ao contrário, demonstram o amadorismo da conduta do denunciado. Precedente. 3. Na ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verifica-se a atipicidade da conduta” (REsp 1.409.051/SC, Sexta Turma, DJe 28/04/2017).	SIM
	STJ “I. Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que é possível a aplicação do denominado princípio bagatela aos delitos ambientais, quando demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado. II. Todavia, no caso dos autos, a decisão agravada está fundamentada em jurisprudência desta Corte, no sentido de que não é insignificante a conduta de pescar em local e época proibida, e com petrechos proibidos para pesca, ainda que não tenha sido apreendido qualquer peixe em poder do recorrente. Precedentes. III - “Ademais, a captura é mero exaurimento da figura típica em questão, que se consuma com a simples utilização do petrecho não permitido. O dano causado pela pesca predatória não se resume, portanto, às espécimes apreendidas.” (AgRg no AREsp 1172493/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 01/08/2018). Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1.862.960/TO, Quinta Turma, DJe 18/05/2020).	NÃO
Violência doméstica e familiar contra a mulher	STF “Princípio da insignificância e violência doméstica. Inadmissível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em ‘habeas corpus’ no qual se pleiteava a incidência de tal princípio ao crime de lesão corporal cometido em âmbito de violência doméstica contra a mulher (Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha)” (RHC 133043/MT, Segunda Turma, DJe 20/05/2016).	NÃO
	STJ “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas” (súmula nº 589).	NÃO
Furto qualificado	STF “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que ‘é vedada a aplicação do princípio da insignificância nos delitos de furto noturno, qualificado pelo concurso de agentes e praticado por reincidente’” (HC 130.617 AgR, Relª. Minª. Cármen Lúcia)” (RHC 208.954 AgR/SC, Primeira Turma, j. 09/03/2022).	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
	STF “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA E INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. O valor irrisório do bem furtado, a primariedade da Recorrente e a ausência de violência ou de grave ameaça autorizam, na hipótese, a aplicação do princípio da insignificância. 3. Agravo regimental conhecido e não provido” (RHC 210.083 AgR/DF, Primeira Turma, j. 02/03/2022).	SIM
	STJ “A circunstância qualificadora – escalada em prédio da polícia militar –, impede a aplicação do princípio da insignificância, pelo seu maior grau de reprovabilidade e de expressiva ofensa ao bem jurídico tutelado” (AgRg no HC 734.167/SC, Sexta Turma, j. 04/10/2022).	NÃO
	STJ “Na espécie, mesmo se tratando de réu que ostenta maus antecedentes (e-STJ fl. 213) e enquanto tenha o delito sido praticado mediante arrombamento (e-STJ fl. 213), a inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado deve ser reconhecida, porquanto, consoante reconhecido pelo Tribunal a quo, reduzido o valor dos bens sobre os quais recaiu a conduta (e-STJ fl. 213), tratando-se a res furtivae de gêneros alimentícios – 16 latas de refrigerante, 2 cartelas de ovos, 2 caixas de pirulitos, 2 caixas de chicletes, 1 litro de óleo e 2 pacotes de balinhas sortidas –, os quais foram integralmente restituídos, de modo que não houve repercussão no patrimônio da vítima (e-STJ fl. 132), conjuntura que admite a aplicação do princípio da insignificância” (AgRg no AgRg no AREsp 2.146.806/PA, Quinta Turma, j. 27/09/2022).	SIM
Estelionato previdenciário	STF “A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, carece, entre outros fatores, além da pequena expressão econômica do bem objeto de subtração, de um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. 2. Ainda que se admitisse como norte para aferição do relevo material da conduta praticada pelo paciente a tese de que a própria Fazenda Pública não promove a execução fiscal para débitos inferiores a R\$ 10.000 (dez mil reais) – Lei nº 10.522/02 –, remanesceria, na espécie, o alto grau de reprovabilidade da conduta praticada. Esse fato, por si só, não legitimaria a aplicabilidade do postulado da insignificância. 3. Paciente que, após o falecimento de terceiro, recebeu indevidamente, no período de junho de 2001 a fevereiro de 2003, o benefício de prestação continuada a ele devido, causando prejuízo ao INSS na ordem de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). 4. Esse tipo de conduta contribui negativamente com o déficit previdenciário do regime geral, que alcança, atualmente, expressivos 5,1 bilhões de reais.	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
	Não obstante ser ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, à luz do déficit indicado, se a prática de tal forma de estelionato se tornar comum, sem qualquer repressão penal da conduta, certamente se agravaria a situação dessa prestadora de serviço fundamental à sociedade, responsável pelos pagamentos das aposentadorias e dos demais benefícios dos trabalhadores brasileiros. Daí porque se afere como elevado o grau de reprovabilidade da conduta praticada. 5. Segundo a jurisprudência da Corte “o princípio da insignificância, cujo escopo é flexibilizar a interpretação da lei em casos excepcionais, para que se alcance o verdadeiro senso de justiça, não pode ser aplicado para abrigar conduta cuja lesividade transcende o âmbito individual e abala a esfera coletiva” (HC nº 107.041/SC, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 7/10/11). 6. Ordem denegada” (HC 111.918/DF, Primeira Turma, DJe 22/06/2012).	
	STJ 1. O princípio da insignificância não se aplica ao delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, uma vez que o prejuízo não se resume ao valor recebido indevidamente, mas se estende a todo o sistema previdenciário. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido” (AgRg no AREsp 1.644.157/PB, Sexta Turma, DJe 14/08/2020).	NÃO
	STF “I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22. II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003. III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).” (RHC 143.449/MS, Segunda Turma, DJe 09/10/2017)	SIM
Posse de munição	STJ “2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o crime de posse ou porte irregular de munição de uso permitido, independentemente da quantidade, e ainda que desacompanhada da respectiva arma de fogo, é delito de perigo abstrato, sendo punido antes mesmo que represente qualquer lesão ou perigo concreto de lesão, não havendo que se falar em atipicidade material da conduta (AgRg no RHC n. 86.862/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 28/2/2018). 2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de quantidade pequena de munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC n. 143.449/MS, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 9/10/2017; HC n. 154390, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 7/5/2018). 3. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior	SIM

JULGADO	APLICA-SE?
passaram a reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada por agente, pela incidência do princípio da insignificância, diante da ausência de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. 4. No presente caso, foi apreendido 1 cartucho, calibre 357, desacompanhado de dispositivo que possibilitasse o disparo do referido projétil. Assim, reconhecida a inocorrência de ofensa à incolumidade pública, deve ser afastada a tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica. 5. Agravo regimental não provido" (AgRg no RESp 1.859.281/MG, Quinta Turma, DJe 24/08/2020).	
STJ “No acórdão embargado, da Sexta Turma, a apreensão de ínfima quantidade de munição, aliada à ausência de artefato apto ao disparo, implica o reconhecimento, no caso concreto, da incapacidade de se gerar perigo à incolumidade pública. No julgado paradigma, a Quinta Turma decidiu que "apesar da apreensão de apenas uma munição na posse do réu, a condenação pelo outro crime (tráfico de drogas), revela a impossibilidade de reconhecimento da atipicidade da conduta do delito do art. 16, <i>caput</i>, da Lei n. 10.826/2003. A particularidade do caso demonstra a efetiva lesividade desta conduta". Assim, discute-se o entendimento, até então predominante nesta Corte, de que a simples conduta de possuir ou portar ilegalmente arma, acessório, munição ou artefato explosivo é suficiente para a configuração dos delitos previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003, sendo dispensável a comprovação do potencial lesivo. O Supremo Tribunal Federal passou a admitir a aplicação do princípio da insignificância em hipóteses excepcionabilíssimas, quando apreendidas pequenas quantidades de munições e desde que desacompanhadas da arma de fogo. Na mesma linha da jurisprudência do STF, a Quinta Turma dessa Corte Superior tem entendido que o simples fato de os cartuchos apreendidos estarem desacompanhados da respectiva arma de fogo não implica, por si só, a atipicidade da conduta, de maneira que as peculiaridades do caso concreto devem ser analisadas a fim de se aferir: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. No caso, embora com o embargo do tenha sido apreendida apenas uma munição de uso restrito, desacompanhada de arma de fogo, ele foi também condenado pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, <i>caput</i>, e 35, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), o que afasta o reconhecimento da atipicidade da conduta, por não estarem demonstradas a mínima ofensividade da ação e a ausência de periculosidade social exigidas para tal finalidade. Desse modo, deve prevalecer no STJ o entendimento do acórdão paradigma. (EREsp 1.856.980/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, j. 22/09/2021).	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
Dano contra o patrimônio público	STJ “A figura típica do delito previsto no art. 163, § único, III, do Código Penal cuida-se de conduta que provoca lesão a bem jurídico de relevante valor social, afetando toda a coletividade, razão pela qual não cabe a aplicação do princípio da insignificância” (AgRg no HC 633.285/SC, 5ª Turma, j. 02/02/2021).	NÃO
Violação de direito autoral	STJ “Esta Corte Superior possui pacificado entendimento segundo o qual é inaplicável o princípio da insignificância ao delito de violação de direito autoral. Precedentes. Além disso, tratando-se de delito em tese praticado por advogada no exercício da profissão, entendeu o Tribunal de Justiça que a conduta da acusada revestiu-se de alta grau de reprovabilidade, o que afasta a incidência da bagatela” (AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no RHC 110.831/MT, 5ª Turma, j. 30/03/2021). “Firmou-se nesta Corte o entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ou da adequação social à conduta prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal, uma vez comprovadas a materialidade e a autoria do delito” (AgRg no HC 319.484/MS, 6ª Turma, j. 23/06/2020).	NÃO
Crimes contra o sistema financeiro	STJ “Firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra o sistema financeiro, tendo em vista a necessidade de maior proteção à sua estabilidade e higidez” (AgRg no AREsp 1.717.393/MS, 5ª Turma, j. 04/05/2021).	NÃO

Sabendo que as medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente têm caráter educativo, preventivo e protetor, aplica-se o princípio insignificância para os atos infracionais?

Com fundamento no princípio da insignificância, a 2ª Turma do STF já concedeu, por maioria, *habeas corpus* para trancar ação movida contra menor de 18 anos de idade representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de furto simples tentado (niquelira contendo cerca de R\$ 80,00). De início, esclareceu-se que o paciente, conforme depreender-se-ia dos autos, seria usuário de drogas e possuiria antecedentes pelo cometimento de outros atos infracionais. Em seguida, destacou-se a ausência de efetividade das medidas socioeducativas anteriormente impostas. Rememorou-se entendimento da Turma segundo o qual as medidas previstas no ECA teriam caráter educativo, preventivo e protetor, não podendo o Estado ficar impedido de aplicá-las (HC 98381/RS, DJe de 20.11.2009). Resolveu-se, no entanto, que incidiria o princípio da bagatela à espécie. Asseverou-se não ser razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-polícia e do Estado-juiz movimentassem-se no sentido de atribuir relevância típica a furto tentado de pequena monta quando as circunstâncias do delito dessem conta de sua singeleza e miudeza.¹⁵

15. HC 112.400/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22/05/2012.

Entendemos acertada a decisão do STF.

Nos termos do art. 228 da CF, os menores de dezoito anos são inimputáveis, razão por que não são culpáveis, ficando isentos das consequências penais dos seus atos (penas e medidas de segurança).

Entretanto, para que os menores de 18 anos não fiquem sem a devida resposta estatal diante da prática de condutas que atingem bens jurídicos especialmente tutelados (como a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, dentre outros), há um sistema próprio de responsabilização no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse sistema próprio é baseado na prática do ato infracional.

Considera-se ato infracional toda conduta, praticada pela criança e pelo adolescente, descrita em lei como crime ou contravenção penal. Mas não há no Estatuto um rol de condutas que configuram ato infracional. Para saber se uma criança ou um adolescente praticou ato infracional, o intérprete deve verificar se houve subsunção a alguma conduta descrita em lei como crime ou contravenção penal.

Se a resposta for positiva, sendo o menor de dezoito anos penalmente inimputável, passa a ser aplicado o sistema de apuração do ato infracional presente no Estatuto, que pode culminar na aplicação de alguma medida de natureza socioeducativa e/ou protetiva.

A tipicidade do ato infracional é, portanto, delegada. Toma-se emprestada a tipicidade penal para chegar-se à tipicidade socioeducativa.

Diante desse quadro, se para a configuração de ato infracional o direito da criança e do adolescente se vale da tipicidade delegada, aproveitando-se da descrição típica do direito penal (tipicidade formal), também deve ser aplicada a tipicidade material na sua análise.

Sendo assim, para o ato ser tipicamente infracional, ele precisa estar descrito em lei como crime ou contravenção penal (tipicidade formal) e, também, ter resultado juridicamente relevante, ou seja, deve ofender de modo grave e intolerável um bem jurídico de terceiro, gerando periculosidade social (tipicidade material).

Posto isso, é plenamente aplicável o princípio da insignificância ao ato infracional. Havendo sua incidência, será afastada a tipicidade material, de modo que a conduta praticada (mesmo se descrita em lei como crime ou contravenção penal) não poderá ser considerada um ato infracional.

A tese contrária, entretanto, prega que não seria aplicável o princípio da insignificância porque as medidas socioeducativas, aplicadas como consequência pela prática do ato infracional, teriam caráter educativo, preventivo e protetor (e não punitivo).

Diante do raciocínio que trouxemos, é possível perceber que a tipicidade material e sua eventual não configuração por aplicação do princípio da insignificância em nada se relacionam com a função da medida.

Para análise da incidência da insignificância pouco importa a função da medida (pena, no direito penal, e medida socioeducativa, no direito socioeducativo da criança e do adolescente), pois ela incide sobre a tipicidade, que não se confunde com a pena e com a medida socioeducativa, muito menos com suas funções.

Ademais, repetindo o que já sustentamos, a elaboração e o respeito a requisitos mais precisos de tipicidade têm como ideal evitar a pior consequência: a privação de liberdade.

Vale lembrar que existem medidas socioeducativas que podem privar o adolescente de liberdade, a exemplo da semiliberdade e da internação. Elas são conhecidas como de meio fechado, conforme classificação recente da Lei n. 12.594/2012 (Lei do Sinase).

Por mais que se queira sustentar que as medidas socioeducativas têm caráter protetivo, não se pode negar seu caráter aflictivo (ainda que num menor grau), pois podem privar os adolescentes de liberdade, e essa é a consequência mais severa no ordenamento jurídico brasileiro.

Se o adulto tem direito à aplicação do princípio da insignificância, por que o adolescente não teria?

O adolescente tem seus direitos regidos pelo Princípio da Proteção Integral (art. 1.º do Estatuto), segundo o qual ele tem as mesmas garantias conferidas aos adultos, e outras mais que lhes são especiais.

Ademais, não recebendo medida socioeducativa porque houve aplicação do princípio da insignificância e a consequente desconfiguração do ato infracional, poderá ainda o adolescente receber as medidas de proteção, previstas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas, sim, têm natureza eminentemente protetiva, e nenhuma delas tem o condão de privar o infante de um dos seus bens mais preciosos: a liberdade.

Negar a aplicação do princípio da insignificância é insistir na pregação da Teoria da Situação Irregular do Código de Menores de 1979, abolida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que considerava os infantes como meros objetos de interesse.

Não se pode negar aos infantes os mesmos direitos garantidos aos adultos sob a justificativa de que as medidas socioeducativas têm como finalidade protegê-los e educá-los.

Se a ideia da tipicidade negativa e a consequente aplicação do princípio da insignificância são aplicáveis aos adultos, com mais razão devem ser assegurados aos infantes, que são pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento, merecedoras de proteção especial.

Qualquer interpretação em sentido diverso ofende as premissas que regem o moderno Direito da Criança e do Adolescente, para o qual deve prevalecer o Postulado Normativo do Superior Interesse da Criança, sempre amparado aos Metaprincípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta.

2.1.2.2. Princípio da bagatela imprópria

A doutrina **moderna** convencionou distinguir o princípio da insignificância (ou da bagatela própria) do princípio da bagatela imprópria.

Na **bagatela própria** não se aplica o direito penal em razão da insignificância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. A ninharia é de tal ordem que o interesse tutelado pela norma, não obstante o ato praticado pelo autor, não sofreu nenhum dano ou ameaça de lesão relevante. A conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica.

Logo, não é criminosa, não se justificando a aplicação do direito penal. É o que ocorre, por exemplo, com a subtração de um frasco de shampoo de uma grande rede de farmácia. Embora formalmente típica (prevista em lei como crime de furto, art. 155 do CP), a conduta é atípica sob o enfoque material (carecendo de relevante e intolerável ofensa ou ameaça de ofensa ao bem jurídico).

Já na **bagatela imprópria**, conquanto presentes o desvalor da conduta e do resultado, evidenciando-se conduta típica (formal e materialmente), antijurídica e culpável, a aplicação da pena, considerando as circunstâncias do caso concreto, em especial o histórico do autor do fato, torna-se desnecessária. Parte-se da premissa de que a função da pena/sanção não pode ser meramente retributiva, mas, acima de tudo, preventiva. Ainda que o crime esteja plenamente configurado, incluindo na força deste advérbio de modo, o reconhecimento de lesão ao bem jurídico, a pena, enquanto resposta jurídico-estatal ao crime, pode não ser aplicada desde que presentes fatores que comprovam a sua inocuidade ou contraproducência. Imaginemos agente primário que, depois de furtar coisa com significado econômico para a vítima, se arrepende e devolve o objeto subtraído. Pela letra da lei, teria o autor praticado crime (fato formal e materialmente típico, ilícito e culpável), merecendo, ao final do processo, o beneplácito do arrependimento posterior (art. 16 do CP), causa de diminuição de pena. Para os adeptos da bagatela imprópria a solução pode ser outra. O magistrado, analisando as circunstâncias do caso concreto, estaria autorizado a absolver se concluir que a pena, na hipótese, é desnecessária, inócua, contraproducente. O fundamento legal para aplicar este princípio estaria, na visão dos seus adeptos, no art. 59 do CP, quando, na sua parte final, vincula a aplicação da pena à sua necessidade.¹⁶

Explicam ALICE BIANCHINI, ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES:

“Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se veria que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o da irrelevância penal do fato)”¹⁷.

Em resumo: o **princípio da bagatela própria** se aplica aos fatos que já nascem irrelevantes para o Direito Penal, enquanto o **princípio da bagatela imprópria** tem aplicação quando, embora relevante a infração penal praticada, a **pena**, diante do caso concreto, não é necessária, deixando de ser aplicada pelo magistrado.

Princípio da bagatela própria	Princípio da bagatela imprópria
O fato já nasce irrelevante para o Direito Penal	Embora relevante o fato praticado, a pena , diante do caso concreto, não é necessária, deixando de ser aplicada pelo magistrado.

16. O STF negou a aplicação do princípio da bagatela imprópria num caso de violência doméstica e familiar contra a mulher em que o casal, mesmo após a condenação do agente, reatou o relacionamento e continuou a conviver normalmente. Argumentou-se não ser possível considerar insignificante a agressão cometida contra a mulher no âmbito familiar, pois isso significaria desprestigiar o sistema de proteção que o legislador almejou ao editar a Lei 11.340/06 (HC 130.124).

17. *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, vol. 1. p. 305.

2.1.2.3. Princípio da adequação social

Deve-se distinguir, ainda, o princípio da insignificância do **princípio da adequação social**.

O princípio da adequação social foi idealizado por **HANS WELZEL**¹⁸, definindo que, apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica¹⁹ se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.²⁰

O princípio da adequação recai sobre a conduta, não importando a lesão ao bem jurídico tutelado, revelando **duas funções** precípuas: (A) de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal (limitando sua interpretação ao excluir as condutas socialmente aceitas) e (B) de orientar o legislador na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, atuando, também, no processo de descriminalização de condutas.

Assim, o princípio da adequação social apresenta as mesmas funções do princípio da intervenção mínima, embora possuam fundamentos distintos – aquele, a aceitação da conduta pela sociedade; este, a ínfima relevância da lesão ao bem jurídico.

Em linhas conclusivas, registramos a advertência que faz **CEZAR ROBERTO BITENCOURT** sobre a adequação social:

“O certo é que as imprecisões semânticas e terminológicas do critério da ‘adequação social’ – diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência – desaconselham utilizá-lo como único critério delimitador da tipicidade de uma conduta, sendo recomendável complementá-lo por meio de outros que sejam mais exatos. Nesse sentido, a ideia da adequação social, na melhor das hipóteses, não passa de um princípio interpretativo, em grande medida inseguro e relativo, o que explica por que os mais destacados penalistas internacionais não o aceitam nem como uma autêntica causa excludente da tipicidade nem como causa de justificação”²¹.

Princípio da insignificância	Princípio da adequação social
Preocupa-se com a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.	Recai sobre a conduta, não importando a lesão ao bem jurídico tutelado.
É materialmente atípica a conduta que gera ínfima lesão ou perigo de lesão ao interesse tutelado pela norma	Conduta aceita pela sociedade não merece a intervenção do Direito Penal

18. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 12ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1987, p. 83.

19. Para parte da doutrina, a adequação social seria uma causa excludente da antijuridicidade.

20. O princípio da adequação social se distingue, por isso, do costume. Este tem a natureza de fonte do Direito e traduz comportamentos uniformes e constantes pela convicção de sua obrigatoriedade. Nas palavras de Miguel Reale, “um costume adquire a qualidade de *costume jurídico* quando passa a se referir *intencionalmente* a valores do Direito, tanto para realizar um valor positivo, considerado de interesse social, como para impedir a ocorrência de um valor negativo, de um desvalor” (*Lições Preliminares de Direito*, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158). A adequação social, por outro lado, exclui a tipicidade material porque a conduta não afronta o sentimento de justiça disseminado na sociedade.

21. Ob. cit., p. 63.

2.2. Princípios relacionados com o fato do agente

2.2.1. Princípio da exteriorização ou materialização do fato

Pelo princípio da materialização do fato (*nullum crimen sine actio*), o Estado só pode incriminar condutas humanas voluntárias, isto é, fatos (e nunca condições internas ou existenciais). Em outras palavras, está consagrado o **Direito Penal do fato**, vedando-se o **Direito Penal do autor**, consistente na punição do indivíduo baseada em seus pensamentos, desejos ou estilo de vida.

Esta característica do Direito Penal levou o STF a declarar a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei de Contravenções Penais, que punia a conduta de “Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima”. Para o tribunal, “Admitir essa qualidade do sujeito ativo para configuração do tipo vai muito além da intenção de proteger o bem jurídico tutelado, no caso o “patrimônio”, e representa, isso sim, um modelo político-criminal não só transgressor da própria dignidade da pessoa humana, mas também apto a substituir um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal do autor” (RE 583.523/RS, j. 03/10/2013).

Alertamos, no entanto, que o nosso ordenamento penal, de forma legítima, adotou o **Direito Penal do fato, mas que considera circunstâncias relacionadas ao autor**, especificamente quando da análise da pena (personalidade, antecedentes criminais etc.), corolário do mandamento constitucional da individualização da sanção penal.

2.2.2. Princípio da legalidade

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal dispõe que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Reforçando essa garantia, o artigo 5º, XXXIX da Carta Magna (com idêntica redação do artigo 1º do CP) anuncia que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Trata-se de **real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais**, daí sua inclusão na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais.

Para uns, o postulado da legalidade nasceu no Direito romano; para outros, na Carta do Rei João Sem Terra (1215)²². Entre os estudiosos do Direito Penal, contudo, prevalece que tem fundamento histórico no contrato social idealizado no período iluminista, tendo sido recepcionado pela Revolução Francesa. Explica Andreas Eisele:

“Embora a conveniência e necessidade da definição legal do âmbito das proibições ou obrigações jurídicas impostas ao integrantes da

22. Sua correspondência mais remota de que se tem notícia é a *Magna Charta Libertatum* de 1215, que em seu item 39 dispunha: “*Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular por seus pares ou de harmonia com a lei do país*”.

sociedade seja uma questão tratada desde a época da Grécia antiga, a reserva legal somente foi formalizada como uma garantia de liberdade individual no modelo de Estado de Direito ocidental moderno a partir das concepções políticas liberais elaboradas no contexto das proposições iluministas dos séculos XVII e XVIII, cujas fontes históricas possuem, como um de seus mais destacados referenciais, a *Magna Charta Libertatum* de 1215 (editada pelo rei João 'Sem-Terra' da Inglaterra em consequência de pressões políticas exercidas pela burguesia e pelo clero), e cujas expressões simbólicas modernas historicamente mais relevantes foram formalizadas na Constituição de Maryland (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem (1789)²³.

Trata-se, portanto, de garantia consolidada e reconhecida, inclusive, por tratados e convenções internacionais, a exemplo do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Roma, 1950)²⁴, da Convenção Americana de Direitos Humanos (San José da Costa Rica, 1969)²⁵ e Estatuto de Roma (Roma, 1998)²⁶.

Conhecido em latim como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, é mandamento revestido de maior importância num Estado Democrático de Direito, servindo como determinante à subordinação de todos à imperatividade da lei, limitando inclusive o exercício do poder pelo governante. Ensina, a esse respeito, **ALEXANDRE DE MORAES**:

“Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma ou outra via que não seja a lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”²⁷.

23. Ob. cit. p. 94.

24. Artigo 7º. Princípio da legalidade. 1. *Ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida.*

25. Artigo 9º. Princípio da legalidade e da retroatividade. *Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.*

26. Art. 22. *Nullum Crimen Sine Lege*. 1. *Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.*

27. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Atlas: São Paulo, 2006, p. 36.

Possui **três fundamentos**:

(A) Político, numa clara exigência de vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário a leis formuladas de forma abstrata, impedindo o poder punitivo arbitrário;

(B) Democrático, que representa o respeito ao princípio da divisão de poderes, conferindo aos representantes do povo (parlamento) a missão de elaborar as leis;

(C) Jurídico, pois a lei prévia e clara produz importante efeito intimidativo.

Presente também em outros ramos do Direito, a garantia da legalidade ganha ainda maior relevância na seara penal, uma vez que este ramo representa essencialmente exercício de poder e, em sendo assim, precisa ser limitado. A punição estatal não pode estar a serviço da tirania e da vilania de um administrador (intervenção penal autoritária), sendo indispensável restringir o poder de polícia do Estado, submetendo a sua vontade ao “império da lei”²⁸.

A evolução do Direito Penal é, destarte, marcada pela evolução de suas garantias, de modo que esse princípio se constitui no ponto básico para que se possa falar em criação de um Direito Penal racional e compatível com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, deve-se afirmar que a legalidade é o ponto basilar do garantismo, na concepção difundida por **LUIGI FERRAJOLI**, representando:

“Um esquema epistemológico de identificação da desviação penal destinada a assegurar, em relação a outros modelos de direito historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e, pois, o máximo grau de limitação da potestade punitiva e de tutela da pessoa humana contra a arbitrariedade”²⁹.

Também advém da doutrina a ampliação que se dá à redação do artigo 1º do Código Penal (“*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”). Justamente por ser este postulado uma conquista do indivíduo contra o poder de polícia do Estado, onde se lê “crime”, deve-se interpretar “infração penal”, englobando, portanto, as contravenções penais; onde se lê “pena”, por sua vez, deve-se ler “sanção penal”, incluindo as medidas de segurança³⁰.

Na busca da real garantia ao cidadão, não basta que a infração penal tenha sido instituída por lei (em sentido estrito), mas deve ser esta prévia ao fato criminoso, escrita, estrita e certa, além de necessária.

Daí porque a doutrina desdobra o princípio em exame em outros **seis**:

(A) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei.

Segundo o **princípio da reserva legal**, a infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou lei ordinária, aprovadas e sancionadas

28. Ob. cit., p. 41.

29. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 378.

30. A aplicabilidade do princípio da reserva legal às medidas de segurança é divergente na doutrina. Para alguns doutrinadores, considerando a função meramente terapêutica das medidas de segurança não se aplicaria o princípio em estudo.

de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto na CF/88 e nos regimes internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Desta maneira, consoante lições de PAULO QUEIROZ:

“Medida provisória não pode definir infrações penais ou cominar penas. Quer pela efemeridade, quer pela incerteza que traduz, dada a possibilidade de sua não-conversão em lei ou de sua rejeição pelo Congresso Nacional, é claramente incompatível com o postulado de segurança jurídica que o princípio quer assegurar. Dificilmente se poderá compatibilizar ainda os pressupostos de relevância e urgência da medida com pretensões criminalizadoras, sobretudo à vista dos múltiplos constrangimentos que podem ocorrer no curto espaço de sua vigência”³¹.

Embora não possam criar infrações penais, as medidas provisórias podem versar sobre direito penal não incriminador. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a vedação constante do artigo 62, §1º, I, “b” da CF/88³² não abrange as normas penais benéficas, assim consideradas “as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade”.

Por este motivo, o Pretório Excelso, no julgamento do RE 254.818/PR, discutindo os efeitos benéficos da MP 1571/97, que permitiu o parcelamento dos débitos tributários e previdenciários com efeitos extintivos da punibilidade, proclamou sua admissibilidade em favor do réu. Deve-se anotar, entretanto, que essa Medida Provisória foi editada em 1997, enquanto a vedação às MPs com conteúdo de direito penal adveio somente com a E.C. nº 32/2001.

Não obstante, temos no ordenamento jurídico pátrio exemplo de medida provisória versando sobre direito penal favorável ao réu, mesmo após a referida emenda constitucional. São as MPs editadas em função do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003). Entre os anos de 2003 e 2008, a posse irregular de arma de fogo fora considerada fato atípico em função de sucessivas medidas provisórias regularmente editadas pela Presidência da República³³, até que a MP 417/08 foi convertida na Lei nº 11.706/08. No período mencionado, ainda que apreciando de forma indireta o tema, o STF não se afastou do seu entendimento anterior à EC nº 32/2001, admitindo a MP veiculando conteúdo de direito penal benéfico³⁴.

31. Ob. cit., p. 41.

32. CF/88. Art. 62. *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil (redação dada pela E.C. nº 32/2001).* Grifos não contidos no original.

33. Foram as Medidas Provisórias nº 253 (2005), 379, 390, 394 (2007) e 417 (2008), todas com reflexos na esfera penal, porquanto modificavam o prazo para que o possuidor de arma de fogo irregular realizasse a devida regularização perante a Polícia Federal.

34. “HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO-OCORRÊNCIA. O prazo de cento e oitenta dias previsto nos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 é para que os possuidores e proprietários armas de fogo as regularizem ou as entreguem às autoridades. Somente as condutas típicas ‘possuir ou ser proprietário’ foram abolidas temporariamente. A vingar a tese de

Também é **inadmissível** que a lei delegada verse sobre direito penal, com fundamento no artigo 68, §1º, CF/88³⁵, uma vez que a redação do dispositivo, a um só tempo, impede a delegação de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional e veda que a lei delegada discipline sobre direitos individuais, matéria ínsita a toda norma penal.

Por fim, resoluções de quaisquer espécies (TSE, CNJ, CNMP, dentre outras) não podem criar infrações penais, porquanto não são lei em sentido estrito³⁶.

(B) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei anterior.

Pelo **princípio da anterioridade**, a criação de tipos e a cominação de sanções exige lei anterior, proibindo-se a retroatividade maléfica³⁷.

Paulo Queiroz, citando Hobbes, esclarece que, se a pena supõe um fato considerado como transgressão à lei, o dano praticado antes de existir a lei que não o proibia não é uma pena, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão à lei. Por isso que a CF (e o CP) dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, de sorte que a formulação completa do princípio da legalidade compreende, necessariamente, a anterioridade da lei e sua irretroatividade³⁸.

Por este motivo, é possível afirmar que o artigo 3º do Código Penal Militar³⁹, no trecho que confere prevalência da medida segurança vigente ao tempo da sua execução sobre aquela vigente ao tempo da sentença, **não** foi recepcionado pela CF/88, configurando claro desrespeito à anterioridade.

abolitio criminis temporária quanto ao porte ilegal, chegar-se-á ao absurdo de admitir que qualquer pessoa pode transitar livremente em público portando arma de fogo. Ordem denegada”. (STF – Segunda Turma – HC 88594 – Rel. Min. Eros Grau – DJ 02/06/2006).

35. CF/88. Art. 68. *As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º – Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.*
36. As menções a condutas criminosas indicadas nas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral são legítimas, pois meras consolidações de tipos penais previamente tipificados por lei.
37. Apesar de ser postulado dominante nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, indica Luis Luisi que, na história constitucional do nosso século já houve previsões desrespeitando a irretroatividade da lei maléfica, a exemplo do Código Penal da União Soviética, que, com seu artigo 3, objetivava a punição dos atos antirrevolucionários. (*Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFEditor, 2003, p. 24)
38. Ob. cit., p. 105.
39. CPM. Art. 3º *As medidas de segurança regem-se pela lei [RESERVA LEGAL] vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução [NÃO RESPEITA A ANTERIORIDADE]*. O Código Penal Militar foi recentemente alterado pela Lei 14.688/23 e, em muitos pontos, “modernizado”. Lamentavelmente, o seu art. 3º não foi objeto de reforma pelo Congresso Nacional.

(C) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei escrita.

Só a lei escrita pode criar crimes e sanções penais, excluindo-se o direito consuetudínario para fundamentação ou agravação da pena. O próprio mandamento insculpido no artigo 5º, II da CF/88 (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) exclui a possibilidade do costume como fonte de deveres.

Entretanto, tem o costume grande importância no direito penal, em especial na elucidação do conteúdo dos tipos, como ocorre com a expressão “repouso noturno”, constante do artigo 155, §1º, do Código Penal, e cuja compreensão adequada passa pela perquirição do costume da localidade em que se deu a subtração da coisa. Ademais, a aplicação *in bonam partem* do costume também é, por alguns doutrinadores, reconhecida como legítima.

(D) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei estrita.

Proíbe-se a utilização da analogia para criar tipo incriminador, fundamentar ou agravar pena. Tendo como norte este desdobramento do princípio da legalidade, o STF declarou a atipicidade da conduta do agente que furta sinal de TV a cabo, asseverando ser impossível a analogia (*in malam partem*) com o crime de furto de energia elétrica, previsto no artigo 155, §3º, CP⁴⁰. Pela mesma razão, antes da Lei 14.562/23, o STJ decidiu ser atípica a adulteração da placa de veículo semirreboque. Isto porque, em sua redação anterior, o art. 311 do CP punia a adulteração de sinal identificador de *veículo automotor*, que não se confunde com o semirreboque, cuja definição é específica na legislação de trânsito.⁴¹

Note-se, contudo, que a analogia *in bonam partem* é perfeitamente possível, como ressaltado anteriormente, encontrando justificativa no princípio da equidade.

(E) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei certa.

O princípio da taxatividade ou da determinação é dirigido mais diretamente à pessoa do legislador, exigindo dos tipos penais clareza, não devendo deixar margens a dúvidas, de modo a permitir à população em geral o pleno entendimento do tipo criado.

Bem alerta Andreas Eisele:

“A linguagem é um meio comunicativo cujas possibilidades são limitadas, porque a precisão semântica não é absoluta. Portanto, sempre há um âmbito de imprevisibilidade de sentido decorrente da ambiguidade ou vagueza dos conceitos, motivo pelo qual a segurança jurídica proporcionada pela legalidade é somente relativa. Por isto, na técnica legislativa se enfrenta uma dificuldade peculiar ao elaborar o texto legal (preceito), porque as formulações devem

40. STF – Segunda Turma – HC 97261 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 02/05/2011 – Informativo 623. O STJ firmou orientação no mesmo sentido (CC 173.968/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/12/2020).

41. RHC 98.058/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 24/09/2019. A Lei 14.562/23 modificou a redação do art. 311 do CP para incluir como objeto material do crime, dentre outros, o veículo semirreboque.

ser estruturadas de forma suficientemente ‘aberta’ (geral), para que possam ser adaptadas a casos futuros ainda objetivamente desconhecidos, mas idealmente previsíveis em decorrência da dinâmica histórica, ao mesmo tempo em que seu conteúdo deve ser estabelecido de modo suficientemente ‘fechado’ (determinado), para que não seja estendido a casos conscientemente excluídos”.⁴²

Segundo afirma LUIZ LUISI:

“Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei”⁴³.

Como exemplo de tipo vago, incerto, temos o art. 201 da Lei Geral do Esporte (que, com poucas alterações, basicamente repete o art. 41-B do revogado Estatuto do Torcedor). Nele, o legislador pune, dentre outros comportamentos, *promover tumulto em eventos esportivos ou num raio de 5.000 (cinco mil) metros ao redor do local de realização do evento esportivo, ou durante o trajeto de ida e volta do local da realização do evento*. Apesar de a infração penal ter sido criada por lei estrita, escrita e anterior, não parece certa, leia-se, de fácil compreensão, ferindo, conseqüentemente, o princípio da determinação. Aliás, com propriedade, já explicava Nucci a respeito do tipo penal revogado:

“fere-se a taxatividade e a proporcionalidade. Cometer constrangimento físico ou moral não quer dizer, em si mesmo, nada – ou pode referir-se a tudo. A prática de violência necessitaria ser descrita: contra a pessoa e em que termos; contra a coisa e em que termos. Danificar a cadeira de um estádio seria prática de violência, do mesmo modo que espancar um torcedor. Ambos teriam a pena de um ano de reclusão?”⁴⁴

CESARE BECCARIA alerta quanto à necessidade de edição de leis certas. Assevera o MARQUÊS:

“Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delitos haverá; pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloqüência das paixões”⁴⁵.

(F) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei necessária.

Desdobramento lógico do **princípio da intervenção mínima**, não se admite a criação da infração penal sem necessidade, em especial quando a conduta indesejada pelo meio social pode perfeitamente ser inibida pelos outros ramos do Direito.

42. Ob. cit., p. 98.

43. Ob. cit., p. 24.

44. Ob. cit. p. 1185.

45. Ob. cit. p. 42.

Neste contexto, andou bem o legislador ao revogar os crimes de “Sedução” (art. 217 do CP) e de adultério (art. 240 CP). Embora os tipos trouxessem condutas consideradas imorais, indesejadas, sua pouca relevância não reclamava a intervenção do Direito Penal como forma de repressão estatal à sua prática.

Em síntese:

NÃO HÁ CRIME	
1)	sem lei (admite-se somente lei em sentido estrito);
2)	anterior (veda-se retroatividade maléfica da lei penal);
3)	escrita (veda-se o costume incriminador);
4)	estrita (veda-se a analogia incriminadora);
5)	certa (veda-se o tipo penal indeterminado);
6)	necessária (intervenção mínima).

A legalidade deve ser compreendida sob dois aspectos: o da legalidade formal e da legalidade material.

A **legalidade formal** representa a obediência aos trâmites procedimentais (devido processo legislativo) fazendo da lei aprovada, sancionada e publicada uma **lei vigente**. Entretanto, para que haja **legalidade material**, a observância às formas e procedimentos impostos não é suficiente, sendo imprescindível que a lei respeite o conteúdo da Constituição Federal, bem como dos tratados internacionais de direitos humanos, em suma, direitos e garantias do cidadão. Apenas desse modo é possível falar em **lei válida**.

	Legalidade formal	Legalidade material
Exigência	Obediência ao devido processo legislativo.	O conteúdo do tipo deve respeitar direitos e garantias fundamentais do cidadão.
Resultado	lei vigente	lei válida

Com base nessa distinção, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade⁴⁶ do artigo 2º, §1º da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos. Embora atendessem à legalidade formal, faltava ao dispositivo a legalidade material, por violação ao princípio da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

2.2.2.1. Princípio da legalidade, tipo aberto e a norma penal em branco

O princípio da legalidade, como visto, exige a edição de lei certa, precisa, determinada.

Vamos identificar a classificação da lei quanto ao conteúdo:

(A) **Completa**: norma penal completa é aquela que dispensa complemento valorativo (dado pelo juiz) ou normativo (dado por outra norma). Exemplo: art. 121 do CP.

46. STF – Tribunal Pleno – HC 82959 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 01/09/2006.

(B) Incompleta⁴⁷: é a norma penal que depende de complemento valorativo (tipo aberto) ou normativo (norma penal em branco).

Analisemos cada uma das espécies de lei incompleta.

(i) Tipo aberto: é aquele que depende de complemento valorativo, a ser conferido pelo julgador no caso concreto. Os crimes culposos, por exemplo, são descritos em tipos abertos, uma vez que o legislador não enuncia as formas de negligência, imprudência e imperícia, ficando a critério do magistrado na análise do caso concreto⁴⁸. Para não ofenderem o princípio da legalidade, a redação típica deve trazer o mínimo de determinação.

Também são abertos os tipos em que o legislador utiliza na sua construção elementos normativos, que demandam juízo de valor do magistrado. O art. 154 do CP, por exemplo, considera violação de sigilo a sua revelação **sem justa causa**. Se houve (ou não) justa causa depende de análise do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Trata-se de um elemento normativo especial da ilicitude, como também são as expressões “indevidamente”, “sem autorização legal”, pois relativas à contrariedade ao direito. Também na esfera dos que demandam juízo de valor estão os elementos normativos extrajurídicos, como “ato obsceno” – que pode ou não se caracterizar a depender do local e da situação –, “dignidade” ou “decoro”⁴⁹.

(ii) Norma penal em branco: é aquela que depende de complemento normativo. É dizer: seu preceito primário (descrição da conduta proibida) não é completo, dependendo de complementação a ser dada por outra norma⁵⁰. Esta espécie comporta as seguintes classificações:

(ii.1) Norma penal em branco própria (ou em sentido estrito ou heterogênea): o seu complemento normativo não emana do legislador, mas sim de fonte normativa diversa.

Exemplo: a Lei nº 11.343/2006 (editada pelo Poder Legislativo) disciplina os crimes relacionados com o comércio de drogas, porém a aplicabilidade dos tipos penais depende de complemento encontrado em portaria do Ministério da Saúde, a Portaria nº 344/1998 (editada pelo Poder Executivo).

Temos respeitável doutrina questionando a constitucionalidade da norma penal em branco quando complementada por norma inferior (norma penal em branco heterogênea, ou própria), pois implicaria em violação da reserva legal e divisão de poderes.

47. Luiz Régis Prado (in Tratado de Direito Penal Brasileiro, v.1, p. 209) classifica de modo diverso. Para o autor, “a lei penal estruturalmente incompleta, também conhecida como lei penal imperfeita, é aquela em que se encontra prevista tão-somente a hipótese fática (preceito incriminador), sendo que a consequência jurídica localiza-se em outro dispositivo da própria lei ou em diferente texto legal (v.g., Lei 2.889/1956 – Genocídio)”.

48. Excepcionalmente, entretanto, o legislador pode prever a forma de negligência, como ocorre no crime de receptação previsto no artigo 180, §3º, do Código Penal, subtraindo do juiz, de forma legítima, a sua valoração no caso concreto.

49. Há também os elementos normativos jurídicos, que não pressupõem valoração porque extraídos da própria lei (como os conceitos de funcionário público, casamento, duplicata, cheque, operação de crédito, entre outros).

50. A inexistência da complementação normativa é tratada como *atipicidade branca*.

Neste sentido, Rogério Greco aduz que a norma penal em branco heterogênea impossibilita a discussão amadurecida da sociedade a respeito do complemento, o que acontece quando os projetos de lei são submetidos ao devido processo legislativo (com aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional). Afirma ainda o autor:

“O que na verdade estamos querendo esclarecer é que não haverá, seja na inclusão de novas substâncias (criminalização), seja mesmo na exclusão daquelas já existentes (descriminalização), qualquer discussão por parte do Poder competente para legislar em matéria penal, que é a União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal”⁵¹.

Comunga deste entendimento PAULO QUEIROZ, para quem:

“Semelhante ato viola a um tempo, ainda que indireta e sutilmente, o princípio da reserva legal, por tolerar que simples portaria emanada do Poder Executivo possa dispor sobre matéria penal, criminalizando uma dada conduta, bem como o princípio da divisão de poderes, já que é aquele poder, e não o Legislativo, que acaba legislando em um tal caso”⁵².

Este entendimento, no entanto, está longe de ser majoritário. Entende a quase unanimidade da doutrina, ser **constitucional** a lei penal em branco, mesmo quando complementada por norma inferior, exigindo, porém, que o recurso à técnica da remissão seja absolutamente excepcional, necessário, somente, por razões de técnica legislativa.

Nesse sentido, GUILHERME DE SOUZA NUCCI é taxativo ao asseverar que:

“As normas em branco não ofendem a legalidade porque se pode encontrar o complemento da lei penal em outra fonte legislativa, embora diversa do Direito Penal, previamente determinada e conhecida.”⁵³.

Para LUIZ RÉGIS PRADO, a norma penal em branco não é, por si só, inconstitucional, mas adverte o autor:

“Que o uso dessa técnica legislativa pode ensejar, em certos casos, ofensa ao princípio da intervenção penal legalizada (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP). A previsão imperativa (positiva ou negativa) deve fixar com transparência os precisos *limites* (margens penais) de sua integração por outro dispositivo legal. Isso porque o caráter delitivo da ação ou da omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da *absoluta* reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade”⁵⁴.

51. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2012, p. 23-24.

52. Ob. cit., p. 46.

53. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 606-607.

54. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 67.

(ii.2) Norma penal em branco imprópria (ou em sentido amplo ou homogênea): o complemento normativo, neste caso, emana do próprio legislador, ou seja, da mesma fonte de produção normativa. Por motivos de técnica legislativa, o complemento poderá ser encontrado no próprio diploma legal ou em diploma legal diverso. Assim, teremos:

- Norma penal em branco imprópria homovitelina: o complemento emana da mesma instância legislativa (norma incompleta e seu complemento integram a mesma estrutura normativa).

Exemplo: o artigo 312 do Código Penal trata do crime de peculato, conduta praticada por funcionário público. O conceito de funcionário público, para fins penais, está positivado em outro artigo, mais precisamente o 327, também do Código Penal.

- Norma penal em branco heterovitelina: o complemento da norma emana de instância legislativa diversa (norma incompleta e seu complemento integram estruturas normativas diversas).

Exemplo: o artigo 236 do Código Penal⁵⁵ depende de complemento encontrado no Código Civil, instância legislativa diversa. Note-se que o conceito de “impedimento” é encontrado em diploma legal distinto (Código Civil).

Norma Penal em Branco Imprópria*		
Espécie	Homovitelina	Heterovitelina
Complemento	Lei	Lei
Instância legislativa	Mesma instância legislativa da norma incompleta	Instância legislativa diversa da norma incompleta
Exemplo	Art. 312 do CP (norma incompleta) e Art. 327 do CP (complemento).	Art. 236 do CP (norma incompleta) e Art. 1.521 do Código Civil (complemento).
* Para Rogério Greco, a norma penal em branco imprópria homovitelina é aquela que encontra complemento no mesmo ramo do direito; heterovitelina, em ramo diverso (Ob. cit., p. 22).		

(ii.3) Norma penal em branco ao revés (invertida, incompleta ou imperfeita): na norma penal em branco ao revés, o complemento refere-se à sanção, preceito secundário, não ao conteúdo proibitivo (preceito primário).

Exemplo: A Lei nº 2.889/56, que cuida do crime de genocídio, não cuidou diretamente da pena, fazendo expressa referência a outras leis no que diz respeito a esse ponto⁵⁶. O complemento da norma penal em branco ao revés deverá, necessariamente, ser encontrado em lei.

55. CP. Art. 236 – *Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.*

56. Lei nº 2.889/56. Art. 1 – *Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos*

NORMA PENAL EM BRANCO	NORMA PENAL EM BRANCO AO REVÉS
LEI PENAL: a) Preceito primário (conteúdo criminoso) Incompleto b) Preceito secundário (sanção penal) Completo / determinado Ex.: Lei 11.343/06	LEI PENAL: a) Preceito primário (conteúdo criminoso) Completo / determinado b) Preceito secundário (sanção penal) Incompleto Ex.: Lei 2.889/56 – art. 1º (genocídio)

(ii.4) Norma penal em branco ao quadrado: neste caso, a norma penal requer um complemento que, por sua vez, deve também ser integrado por outra norma. É o caso do art. 38 da Lei nº 9.605/98, que pune as condutas de destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente. O conceito de floresta de preservação permanente é obtido no Código Florestal, que, dentre várias disposições, estabelece uma hipótese em que a área de preservação permanente será assim considerada após declaração de interesse social por parte do Chefe do Poder Executivo.

(ii.5) Norma penal em branco e instâncias federativas diversas: a lei penal em branco (própria ou imprópria) pode ser complementada por normas oriundas de instâncias federativas diversas (Poderes Executivo ou Legislativo Federal, Estadual ou Municipal). O art. 63 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), por exemplo, pune com reclusão, de 1 a 3 anos, e multa, “alterar aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico ou artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”. Nestes casos, a lei ou ato administrativo criado para proteger a edificação pode ser municipal. Eis, portanto, típico caso de norma penal em branco complementada por norma não federal. É preciso, no entanto, que se atente para o fato de que a iniciativa dessas instâncias federativas no complemento das normas penais em branco deve ser restrita, sob pena de se caracterizar generalizada delegação de competência legislativa privativa da União, expediente vedado pela Constituição Federal. A este respeito, alertam ZAFFARONI e PIERANGELI:

“O Poder que complementa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais. Assim, por exemplo, o executivo não pode incluir o café na lista de substâncias entorpecentes, como tampouco incluir o vinho. Nem mesmo poderia incluir um rifle de ar comprimido entre as armas de guerra”⁵⁷.

no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Será punido: com as penas do artigo 121, parágrafo segundo, do Código Penal, no caso da letra “a” com as penas do artigo 129, parágrafo segundo, no caso da letra “b” com as penas do artigo 271, no caso da letra “c” com as penas do artigo 125, no caso da letra “d” com as penas do artigo 148, no caso da letra “e”.

57. Ob. cit., p. 452.

Foi nesse sentido que decidiu o STF sobre a complementação do art. 268 do CP (infração de medida sanitária preventiva) por normas de origem estadual e municipal:

“1. Nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte a competência para proteção da saúde, seja no plano administrativo, seja no plano legislativo, é compartilhada entre a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, inclusive para impor medidas restritivas destinadas a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa. 2. A infração a determinações sanitárias do Estado, ainda que emanada de atos normativos estaduais, distrital ou municipais, permite seja realizada a subsunção do fato ao crime tipificado no artigo 268 do Código Penal, afastadas as alegações genéricas de inconstitucionalidade de referidas normas por violação da competência privativa da União. 3. Agravo em recurso extraordinário conhecido. Apelo extremo provido. 4. Fixada a seguinte tese: O art. 268 do Código Penal veicula norma penal em branco que pode ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação, sem que isso implique ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).”⁵⁸

(ii.6) Norma penal em branco e complemento internacional: é possível que a complementação da norma penal em branco seja proveniente de tratados internacionais, como ocorria na redação original do art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei nº 12.850/13, segundo o qual a lei deveria ser aplicada⁵⁹:

“às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional”.

A possibilidade de complementação da lei penal por norma de direito internacional não se confunde com a questão, já debatida no Supremo Tribunal Federal, a respeito da utilização de normas internacionais para tipificar delitos. Neste caso, já citado anteriormente nesta obra (HC 96.007), quando tratamos das fontes formais imediatas, o tribunal considerou impossível que a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado fosse utilizada como fonte de conceituação do que se deveria haver por *organização criminosa*. Tratava-se, naquele julgamento, de imputação de lavagem de dinheiro cometida por organização criminosa, obstada pelo tribunal porque, a rigor, a Convenção não tipifica delito nenhum, mas apenas conceitua o que, no âmbito internacional, deve ser tido por *crime organizado*. Não há conduta, tampouco pena, tanto que a ação penal não veiculava acusação específica sobre a reunião de agentes para fins criminosos.

58. ARE 1.418.846 RG/RS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25/03/2023.

59. O dispositivo teve sua redação modificada pela Lei nº 13.260/16, que tipifica o crime de terrorismo, e não é mais um exemplo em vigor de norma penal em branco com complemento internacional.

No caso da Lei 12.850/13, todavia, ela própria traz a figura criminosa e estabelece a punição, e fazia referência à norma internacional apenas como fonte de reconhecimento das organizações terroristas internacionais. Não havia lacuna neste caso, ao contrário do anterior. Seria, ademais, desarrazoado impedir a aplicação da lei sob o argumento de que se trata de norma internacional porque, sabemos, os tratados são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* mínimo de lei ordinária (que, de resto, sequer é pressuposto de complementação da norma penal em branco própria, em sentido estrito ou heterogênea, que é integrada por ato proveniente de fonte normativa diversa). Além disso, as organizações terroristas são assim reconhecidas pelas instâncias internacionais das quais diversos países fazem parte exatamente para dispensar que cada país tenha de aprovar lei específica com este propósito no âmbito interno, evitando, assim, que atos terroristas sejam cometidos em determinado país e seus autores se refugiem noutro em que a natureza terrorista do grupo não seja internamente reconhecida.

Encerrada a classificação, destacamos lição de NUCCI segundo a qual a norma penal em branco não se confunde com o **tipo penal remetido**, que faz referência a outros dispositivos penais cuja consulta é bastante para esclarecer o alcance da norma. Para o autor, nesse caso não há efetiva complementação:

“Em nosso entendimento, somente podem ser denominadas normas penais em branco aquelas que são específicas quanto à pena – jamais delegando a sua fixação abstrata a outro órgão legiferante que não seja penal – bem como indeterminadas quanto ao seu conteúdo, que, entretanto, é encontrado em outra norma extrapenal, perfeitamente inteligível. Não consideramos normas penais em branco os chamados tipos penais remetidos, que, para sua integral compreensão, fazem menção a outra(s) norma(s) penal (penais), bastando que esta(s) seja(m) consultada(s) para aclarar a primeira. Como ensinam Maurach e Zipf, esses tipos penais possuem ‘maior complexidade externa’, mas não dependem de legislação fora do âmbito penal, logo, não são normas em branco (Derecho penal – Parte general, v. 1, p. 134). Nessa ótica, o art. 304 do Código Penal não é uma norma penal em branco, mas somente um tipo remetido: ‘Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os arts. 297 a 302. Pena – a cominada à falsificação ou à alteração’. Uma simples consulta aos referidos artigos 297 a 302 do mesmo Código esclarece perfeitamente o alcance da norma, que não é, pois, em branco. O art. 150 do Código Penal (violação de domicílio) prevê, no caput: ‘Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências’; na sequência, entende por bem definir o que abrange a expressão casa (§ 4.º) e o que não abrange (§ 5.º), não a transformando, obviamente, em uma norma penal em branco. Qualquer norma explicativa, de conteúdo penal, não é suficiente para gerar a caracterização de norma em branco daquela para a qual a explicação é destinada. Veja-se o exemplo do art. 327 do Código Penal, definindo o conceito de

funcionário público, para os efeitos penais. Não tem ela o condão de transformar todos os demais tipos do art. 312 a 326 em normas penais em branco”.⁶⁰

Nota-se que o autor encara a norma penal em branco de maneira diversa daquela que apresentamos acima, pois não submete a essa definição a norma penal complementada por outra também de natureza penal (citamos como exemplo o art. 327 do CP ao tratarmos da norma penal em branco imprópria homovitelina). Mas essa definição não é amplamente utilizada. **ROGÉRIO GRECO**, por exemplo, define o art. 304 do CP como uma norma penal em branco homogênea e, simultaneamente, incompleta (ao revés), pois, ao mesmo tempo em que o preceito primário deve ser complementado por outros tipos penais (arts. 297 a 302) em relação ao documento falso do qual o agente faz uso, o preceito secundário é incompleto porque a pena cominada é a mesma da falsificação.⁶¹⁻⁶²

2.2.3. Princípio da ofensividade ou lesividade

O princípio da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine iniuria*) exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado⁶³. Explicam **ALICE BIANCHINI**, **ANTONIO MOLINA** e **LUIZ FLÁVIO GOMES** que o princípio da ofensividade:

“Está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, *desvalor da ação* (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime)”⁶⁴.

Tal como outros princípios já analisados, o da lesividade não se destina somente ao legislador, mas também ao aplicador da norma incriminadora, que deverá observar, diante da ocorrência de um fato tido como criminoso, se houve efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.

60. *Código Penal Comentado*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 39.

61. Ob. cit., p. 28.

62. Essa espécie que exige dois complementos é também denominada “norma penal em branco de dupla face”.

63. O princípio da lesividade não se confunde com o da alteridade, que se fundamenta na impossibilidade de que alguém seja penalmente responsabilizado por fato que não ultrapasse sua esfera particular, ou seja, que não cause danos a terceiros. Com fundamento neste princípio, embora seja possível punir, por exemplo, o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio, não se pune a tentativa de suicídio em si, pois a conduta não ultrapassa a esfera de interesse exclusivo do agente, não atinge diretamente bem jurídico alheio.

64. Ob. cit., vol. 1, p. 125.

Uma vez reconhecido este princípio, parcela da doutrina questiona a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato (ou presumido), casos em que da conduta o legislador presume, de forma absoluta, o perigo para o bem jurídico. **PAULO DE SOUZA QUEIROZ** assinala:

“Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo”⁶⁵.

A tese não seduziu os Tribunais Superiores, para quem a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal.

Sem esgotar o tema, trazemos a seguir a posição do **STF** e do **STJ** acerca dos crimes de porte ilegal de arma de fogo quando desmuniada e do crime de embriaguez ao volante, delitos rotulados como de perigo abstrato:

Crime	Julgado
Posse ou porte ilegal de arma de fogo desmuniada (Lei nº 10.826/2003)	STF “A arma de fogo mercê de desmuniada mas portada sem autorização, em desacordo com determinação legal ou regulamentar e com numeração suprimida configura o delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, pois o crime é de mera conduta e de perigo abstrato. 2. O delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente” (HC 107957, Primeira Turma, DJe 15/08/2013) “Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade”. (HC 104410, Segunda Turma, DJe 27/03/2012)*
	STJ “O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, firmado no julgamento do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, em 26/03/2014, tendo como relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, é no sentido de que o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniada ou, até mesmo, desmontada ou estragada, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despidienciada até mesmo a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial” (AgRg no AREsp 1.437.702/RJ, Quinta Turma, j. 20/08/2019).

65. Ob. cit., p. 112.

Crime	Julgado
	“Esta Corte Superior firmou o entendimento de que é irrelevante estar a arma desmuniada para a configuração do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, por se tratar de crime de mera conduta e de perigo abstrato” (AgRg no HC 450.234/MS, Sexta Turma, j. 06/11/2018).**
Embriaguez ao volante (art. 306 do CTB)	STF “O crime de embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é caracterizado como delito de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado” (HC 137.655 AgR/PR, Primeira Turma, j. 29/09/2017). “Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.” (HC 109269, Segunda Turma, DJe 11/10/2011)
	STJ “Há sedimentada jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que ‘a alteração da capacidade motora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, consoante o § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, é regra de cunho relativo à prova, que poderá ser constatada por teste de alcoolemia, como na hipótese, ou outros meios de prova em direito admitidos, sendo despreciosa a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta, vez que o crime é considerado de perigo abstrato” (AgRg no AREsp 1.318.847/MG, Quinta Turma, j. 25/06/2019). “O delito capitulado art. 306 do CTB é de perigo abstrato, sendo prescindível a demonstração da potencialidade lesiva na conduta praticada para sua configuração, bastando a condução de veículo automotor sob a influência de álcool” (AgRg nos EDcl no REsp 1.727.259/RJ, Sexta Turma, j. 26/03/2019).

- Em 2010, entendia de modo diverso a Segunda Turma do STF: “Crime. Arma de fogo. Porte ilegal. Arma desmuniada, sem disponibilidade imediata de munição. Fato atípico. Falta de ofensividade.” (HC 99449, Segunda Turma, DJe 12/02/2010).
- Em 2011, entendia de modo diverso a Sexta Turma do STJ: “O fato de a arma de fogo estar desmuniada afasta a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo.” (HC 124907, Sexta Turma, DJe 19/10/2011).

2.3. Princípios relacionados com o agente do fato

2.3.1. Princípio da responsabilidade pessoal

Através deste princípio, proíbe-se o castigo penal pelo fato de outrem. Inexiste, em se tratando de Direito Penal, responsabilidade coletiva.

São desdobramentos deste princípio:

(A) A obrigatoriedade da individualização da acusação, ficando proibida a denúncia genérica (vaga ou evasiva). No âmbito do processo penal, a denúncia deve imputar de forma específica a conduta tida como criminosa, sendo inepta a acusação que não individualiza agente e seu comportamento⁶⁶.

(B) A obrigatoriedade da individualização da pena, considerando a gravidade do fato e as condições do seu autor.

2.3.2. Princípio da responsabilidade subjetiva

O princípio da responsabilidade subjetiva ensina não bastar que o fato seja materialmente causado pelo agente, ficando a sua responsabilidade (penal) condicionada à existência da voluntariedade, leia-se dolo ou culpa.

Apesar de haver lições identificando casos de responsabilidade objetiva (sem dolo ou culpa) na embriaguez voluntária e na rixa qualificada, ALICE BIANCHINI, ANTONIO MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES, não sem razão, advertem:

“Está vedada no atual Direito penal a velha fórmula do *versari in re illicita* (segundo a qual quem realiza um ato ilícito deve responder pelas consequências que dele derivam, incluídas as fortuitas), que é radicalmente incompatível com as exigências do princípio da responsabilidade subjetiva. Tampouco se admite a responsabilidade objetiva nos delitos ‘qualificados pelo resultado’, que sempre agravam a pena. Sem a presença de culpa em relação a esse resultado agravador, não há que se falar em responsabilidade penal (...).

O delito de rixa qualificada (CP, art. 137, parágrafo único), que no caso de morte ou lesão grave agrava a pena de todos os agentes, só pelo fato da participação na rixa, hoje deve ser interpretado em consonância com o princípio da responsabilidade subjetiva, ou seja, só responde por esse resultado agravador quem atuou frente a ele com dolo ou culpa. Fora disso é admitir a *versari in re illicita* no Direito penal, o que é vedado.

A exigência de responsabilidade irrestrita da embriaguez voluntária ou culposa (CP, art. 28, II), em todas as situações, mesmo quando não concorre dolo ou culpa, seria uma responsabilidade objetiva no nosso Código Penal. Mas também aqui há uma fórmula para evitá-la: reside na teoria da *actio libera in causa* [que vamos estudar

66. Ressalte-se que, nos crimes societários, tem-se admitido certa flexibilização deste princípio. Nesse sentido: “Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir dos recorrentes e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Precedentes” (STJ – Quinta Turma – HC 30.930 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 23/08/2013).

dentro da culpabilidade]. De qualquer modo, por força dessa teoria, quando ao agente no momento precedente (da embriaguez) nem sequer era previsível o resultado, não há que se falar em responsabilidade penal⁶⁷.

2.3.3. Princípio da culpabilidade⁶⁸

Trata-se de postulado limitador do direito de punir. Assim, só pode o Estado impor sanção penal ao agente imputável (penalmente capaz), com potencial consciência da ilicitude (possibilidade de conhecer o caráter ilícito do seu comportamento), quando dele exigível conduta diversa (podendo agir de outra forma).

2.3.4. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade (ou da isonomia) está previsto de maneira expressa no *caput* do artigo 5º da CF/88, o qual dispõe: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*”. Essa garantia se estende aos estrangeiros, mesmo que não residentes no país⁶⁹.

A igualdade, entretanto, não deve ser considerada sob o seu aspecto meramente formal, mas substancial, demandando tratamento análogo apenas aos iguais, mas desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Ensina o jurista português **J.J. GOMES**

67. Ob. cit., vol. 1, p. 112. Para muitos, contudo, não se pode negar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais é objetiva, autorizada pela própria CF/88 (art. 225), seguida pela Lei 9.605/98 (art. 3º), tema que aprofundamos no capítulo dedicado aos sujeitos ativo e passivo da infração penal.

68. O princípio da culpabilidade pode ser extraído da análise do princípio da dignidade da pessoa humana e, segundo Rogério Greco, possui três sentidos fundamentais: (i) Culpabilidade como **elemento integrante do conceito analítico de crime**: segundo a corrente tripartite, o crime é composto pela tipicidade, antijuridicidade e, como terceiro elemento, pela culpabilidade. A culpabilidade, portanto, é necessária à configuração do crime; (ii) Culpabilidade como **princípio medidor da pena**: já verificada a ocorrência do crime, a aplicação da pena, numa primeira etapa, dependerá da análise do artigo 59 do CP, que estabelece a culpabilidade como uma das circunstâncias consideradas pelo magistrado para fixar a pena-base adequada à reprovação e prevenção do crime; (iii) Culpabilidade como **princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva** (ou responsabilidade penal sem culpa): a conduta do agente pressupõe a existência de dolo ou culpa, elementos sem os quais não é possível se falar em crime (Ob. cit., p. 89).

69. Nesse sentido: “1. O Princípio da Isonomia, garantia pétrea constitucional extensível aos estrangeiros, impede que o condenado não nacional pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes seja privado da concessão do benefício da substituição da pena privativa por restritiva de direitos quando atende aos requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal. [...] O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do “habeas corpus”, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. – A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório”. (STF – Primeira Turma – HC 103311 – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 29/06/2011).

CANOTILHO, ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. Significa “igualdade na aplicação do direito”.

O princípio da igualdade pressupõe não somente a igualdade formal, mas também a igualdade material, ou seja, “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos” ou, ainda, deve-se tratar de forma “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”⁷⁰.

Partindo dessa lição, fica fácil compreender (e aceitar) diplomas como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), ambos com natureza de **ação afirmativa**, objetivando proteger personagens sociais historicamente desamparados pelo Estado.

Com base nesse fundamento, aliás, a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha) foi julgada constitucional pelo STF (ADC nº 19), afastando alegações de que o tratamento especialmente protetivo conferido à mulher violaria a isonomia, sobretudo por força do imperativo constitucional positivado no artigo 226, 8º, CF/88⁷¹.

A constitucionalidade das **ações afirmativas** é esclarecida, de forma ímpar, pelas Procuradoras **HELENA LOPES DE FARIA** e **MÔNICA DE MELO**:

“O sistema geral de proteção tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. Por sua vez, o sistema especial de proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto de forma concreta e específica, pois determinados sujeitos de direitos, ou certas violações de direitos exigem uma resposta diferenciada. Importa o respeito à diversidade e a diferença, assegurando-se um tratamento especial”⁷².

2.3.5. Princípio da presunção de inocência (ou da não culpa)

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVII, determina que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Percebam que a nossa Bíblia Política, diferente de alguns documentos internacionais⁷³, não presume, expressamente, o cidadão inocente, mas impede considerá-lo culpado até a decisão condenatória definitiva.

70. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3. ed., Ed. Almedina, p. 399.

71. CF/88. Art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

72. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, São Paulo, Centro de Estudos, 1998, p. 373.

73. O artigo 8º. 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Claramente adota o princípio da presunção de inocência.

Na verdade, o princípio insculpido na referida norma garantia é o da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade). Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos.

Analisando com atenção essa questão, reconhecemos que a denominação princípio da presunção de inocência não se coaduna com o sistema de prisão provisória previsto no nosso ordenamento jurídico: como admitir que alguém, presumidamente inocente, seja preso na fase de investigação policial ou no curso da instrução criminal, leia-se, sem a haver sentença penal condenatória?

Por outro lado, parece aceitável a decretação (**excepcional**) de uma prisão temporária ou preventiva sobre alguém não presumido inocente, sobre o qual pairam indícios suficientes de autoria, mas que ainda não pode ser considerado culpado.

O próprio **Supremo Tribunal Federal**, copiosamente, vem preferindo essa denominação, como se depreende desse excerto:

“Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal” (HC 101537)⁷⁴.

De acordo com o Estatuto de Roma (Decreto nº 4.388/2002), podemos enumerar três consequências extraídas deste princípio:

(A) Qualquer restrição à liberdade do investigado/acusado somente se admite após sua condenação definitiva, não evitando, porém, a prisão cautelar ao longo da persecução criminal, desde que imprescindível, exigindo-se adequada fundamentação;

(B) Cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu, e não a este comprovar sua inocência (o ônus da prova incumbe sempre ao titular da ação penal);

(C) A condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*).

É importante anotar que a Súmula Vinculante nº 11⁷⁵ decorre do princípio sob análise. Segundo o verbete sumular, o uso de algemas deve ser excepcional, já que impõe constrangimento ao cidadão presumidamente não culpável⁷⁶.

74. STF – HC 101537 – Primeira Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJe 14/11/2011.

75. Aprofundamos os seguintes princípios (ao lado de outros) no capítulo referente à Teoria Geral da Pena, sítio para onde remetemos o leitor.

76. O Decreto 8.858/16 disciplina o uso de algemas dispondo, no art. 2º, que seu emprego é admitido somente nos casos em que houver resistência ou fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito. Além disso, veda o emprego de algemas durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período de hospitalização, em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional (art.

Outra decorrência deste princípio pode ser identificada no art. 3º-F do CPP (inserido pela Lei 13.964/19 – Pacote Anticrime), o qual dispõe que o juiz das garantias é obrigado a assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão. Além de um ato de preservação da dignidade da pessoa humana, o cuidado para que a imagem do preso não seja explorada indevidamente sem dúvida prestigia o princípio segundo o qual ninguém pode ser presumido culpado.⁷⁷

Finalmente, destacamos no tema relativo à presunção de inocência as decisões tomadas pelo STF no HC 126.292 e nas ADCs 43, 44 e 54.

No HC 126.292, modificando orientação antes firmada, o tribunal considerou possível o início da execução da pena após o recurso em segunda instância. Antes, no HC 84.078, havia considerado impossível que se executasse a pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e estabeleceu a possibilidade de encarceramento apenas se verificada a necessidade de que isso ocorresse por meio de cautelar (prisão preventiva). À época, asseverou o tribunal, para além do princípio da presunção de inocência, que:

“A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão”.

No julgamento posterior, considerou-se que a prisão após a apreciação de recurso pela segunda instância não desobedece a postulados constitucionais – nem mesmo ao da presunção de inocência – porque, a essa altura, o agente teve plena oportunidade de se defender por meio do devido processo legal desde a primeira instância. Uma vez julgada a apelação e estabelecida a condenação (situação que gera inclusive a suspensão dos direitos políticos em virtude das disposições da LC nº 135/2010), exaure-se a possibilidade de discutir o fato e a prova, razão pela qual a presunção se inverte. Não seria possível, após

3º). Esta vedação foi reiterada por meio da Lei nº 13.434/17, que acrescentou no art. 292 do CPP um parágrafo único com semelhante disposição. E a Lei 14.326/22 inseriu na Lei de Execução Penal dispositivo segundo o qual deve ser assegurado tratamento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como à mulher no período de puerpério, cabendo ao poder público promover a assistência integral à sua saúde e à do recém-nascido (§ 4º do art. 14).

77. O mesmo art. 3º-F dispõe que o juiz pode ser responsabilizado civil, administrativa e penalmente. No âmbito penal, a depender da situação pode haver abuso de autoridade tipificado no art. 13 da Lei 13.869/19. Trata-se de modalidade especial de constrangimento ilegal em que a autoridade constrange o preso, mediante violência, grave ameaça ou redução da sua capacidade de resistência, a exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública, a submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei ou a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro. Se, por exemplo, ciente de que o preso foi ameaçado para conceder uma entrevista confessando a prática do crime, o juiz de garantias não adota as providências determinadas no art. 3º-F, pode responder por abuso de autoridade por omissão imprópria.

o pronunciamento do órgão colegiado, que o princípio da presunção de inocência fosse utilizado como instrumento para obstar indefinidamente a execução penal. Considerou-se, ainda, a respeito da possibilidade de que haja equívoco inclusive no julgamento de segunda instância, que há as medidas cautelares e o *habeas corpus*, expedientes aptos a fazer cessar eventual constrangimento ilegal.

O tema voltou à pauta do tribunal por meio das ADCs 43, 44 e 54, nas quais se pretendia a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, segundo o qual “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Pretendia-se, com isso, evitar os efeitos da decisão tomada no *habeas corpus* já citado, ou seja, que a prisão se tornasse possível após o julgamento de recursos em segunda instância.

Inicialmente, as ADCs 43 e 44 tiveram pedidos cautelares negados, oportunidade em que o STF conferiu ao art. 283 do CPP interpretação conforme para permitir a execução da pena após o julgamento em segunda instância. Quando do ajuizamento da ADC 54, chegou-se a conceder liminar para suspender as execuções penais fundamentadas no julgamento das cautelares nas ações anteriores, mas a medida foi logo revogada para que se aguardasse o julgamento do mérito das três ações. Julgado em novembro de 2019, o mérito divergiu do resultado das cautelares, ou seja, o tribunal **vedou a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória**.

O obstáculo oposto à execução antecipada da pena pode ser condensado no princípio da presunção de inocência. Os seis ministros contrários à medida conferiram um sentido absoluto ao inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, aliado ao disposto no art. 283 do CPP. Conforme a tese vencedora, o ordenamento jurídico-constitucional é claro e não deixa margem para dúvidas a respeito da necessidade da condenação definitiva para a prisão imposta com propósito punitivo. Antes da imutabilidade do édito condenatório se admite apenas a prisão de caráter cautelar.

A nosso ver, melhor seria se o tribunal tivesse mantido a orientação exposta no julgamento das cautelares das próprias ações julgadas.

Há de se considerar que a presunção de inocência tem sentido dinâmico, modificando-se conforme se avança a marcha processual. Dessa forma, se no início do processo a presunção pende efetivamente para a inocência, uma vez proferido julgamento em recurso de segunda instância essa presunção passa a ser de não culpa, pois, nessa altura, encerrou-se a análise de questões fáticas e probatórias. No instante em que o tribunal (TJ/TRF) considera bem provados o fato e suas circunstâncias, os recursos constitucionais não abordarão mais esses aspectos, pois adstritos aos limites que lhe são impostos constitucional e legalmente.

No mais, deve-se refletir a respeito do conceito de trânsito em julgado no processo penal. O Código de Processo Penal não estabelece esse marco, e não parece possível tomar de empréstimo o conceito estampado no Código de Processo Civil (CPC). É que

no CPC o trânsito em julgado pressupõe o esgotamento de todos os recursos. Se usado esse pressuposto no CPP, o trânsito em julgado ficaria indefinido, pois a revisão criminal, inserida no capítulo dos recursos, não tem prazo preclusivo.

Têm razão aqueles que lecionam no sentido de que, no processo penal, o marco deve ser o esgotamento da análise fática e probatória, como, aliás, ocorre em outros países igualmente democráticos em que operam cortes constitucionais – cujos recursos têm efeitos rescisórios – e nos quais é inconcebível que um condenado em segunda instância guarde o pronunciamento de cortes superiores para iniciar o cumprimento da pena.

A execução provisória da pena não viola o art. 5º. da CF/88. Os direitos e garantias fundamentais nele anunciados não expressam somente proibições de intervenção excessiva, mas também imperativos de tutela, proibindo a proteção deficiente de bens jurídicos (STF: HC 104.410/RS). Noutras palavras: garantismo não pode ser sinônimo de impunidade.

A execução provisória da pena também não ofende documentos internacionais de Direitos Humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos, quase sempre usada para afiançar argumentos que buscam impedir a execução após o duplo grau de jurisdição, na verdade não a proíbe. A Convenção presume o cidadão inocente até o trânsito em julgado, mas dentro de uma arquitetura de dois julgamentos. A execução provisória, após duplo grau de jurisdição, é convencional.

Não bastasse, impedir a execução imediata da pena após o duplo grau, exigindo que se esgotem também os recursos constitucionais, impõe diversos efeitos deletérios, como bem alertado pelo Min. Luís Roberto Barroso:

a) incentiva a seletividade penal, pois, sabe-se, não são todos que dispõem de condições financeiras para suportar os custos de um processo até tribunais superiores. Ao mesmo tempo, as defensorias públicas nem sempre têm estrutura para atender à demanda daqueles que não têm capacidade financeira;

b) incentiva a proliferação de recursos especiais e extraordinários com intuito meramente protelatório, que inundam os tribunais superiores e que na maior parte das vezes não surtem nenhum efeito a não ser mesmo adiar a execução da pena. O índice de provimento de recursos constitucionais em favor do réu é baixíssimo. Por exemplo, no STF, esse índice é em torno de 1,5%;

c) agrava o descrédito que a sociedade nutre pelo sistema penal, pois veem-se réus autores de crimes muitas vezes gravíssimos permanecerem soltos por anos e anos, estendendo demasiadamente o lapso entre a prática do crime e o cumprimento da pena, que aliás muitas vezes sequer é alcançado diante do comum reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Arruinam-se, portanto, os objetivos da pena, não só em relação ao condenado (retribuição, ressocialização e prevenção especial) como também aos demais membros da sociedade (prevenção geral).

No mesmo julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade, o ministro Toffoli destacou na conclusão de seu voto que, na sua concepção, a decisão não deveria abranger as condenações impostas pelo Conselho de Sentença nos crimes dolosos contra a vida. Esta observação se alinha a uma decisão proferida em 2017 pela 1ª Turma do

tribunal quando do julgamento do *habeas corpus* HC 118.770. Na ocasião, o ministro Luis Roberto Barroso, que teve sua tese acolhida por maioria, destacou que:

“[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.

Partiu-se da premissa de que, face à *soberania* que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional (art. 5º, inc. XXXVIII, “c”), deve ser admitida a imediata prisão do réu, assim que condenado pelo tribunal popular. Vê-se, portanto, que a execução antecipada da pena no caso dos crimes dolosos contra a vida tem fundamento mais amplo do que a execução nos demais casos, pois baseada no princípio constitucional de que a decisão tomada pelos jurados não pode ser desrespeitada.

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) parece ter se inspirado nisso ao alterar o art. 492, inc. I, e, do CPP, que passou a admitir a execução provisória da pena no júri quando a condenação for igual ou superior a quinze anos de reclusão. Não se trata, contudo, de uma regra absoluta, pois o § 3º admite que o juiz deixe de ordenar a execução imediata se houver questão substancial cuja resolução possa plausivelmente levar à revisão da condenação pelo tribunal ao qual competir o julgamento do recurso. Aliás, em regra a apelação contra a decisão dos jurados não tem efeito suspensivo (§ 4º), a não ser que se verifique, cumulativamente, que o recurso não tem propósito meramente protelatório e que levanta questão substancial capaz de provocar absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a quinze anos de reclusão (§ 5º). A constitucionalidade desse dispositivo será analisada pelo STF no RE 1.235.340 (Tema 1068 da Repercussão Geral).

Nessa esteira, o STJ havia decidido ser impossível a execução provisória da pena mesmo em caso de condenação pelo tribunal do júri com reprimenda igual ou superior a 15 anos de reclusão.⁷⁸ No entanto, com o argumento de que decisões dessa natureza, proferidas por órgão fracionário, negam vigência e eficácia ao referido dispositivo do Código de Processo Penal sem a obrigatória observância da cláusula de reserva de Plenário, o STF tem julgado procedentes reclamações para cassá-las.⁷⁹ Nesse contexto, há decisão do STJ

78. AgRg no HC 714.884/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Rel. Acđ. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, j. 15/03/2022.

79. Rcl. 59.594/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 08/05/2023; Rcl. 57.257/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11/04/2023.

que, contrariando a tendência que se desenhava no tribunal, determinou o imediato cumprimento da pena em uma condenação que superava os 15 anos.⁸⁰

2.4. Princípios relacionados com a pena

2.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A ninguém pode ser imposta pena **ofensiva à dignidade da pessoa humana**, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais.

Como exemplo concreto, podemos citar a Lei 13.769/18, que estabelece regras especiais para a progressão de regime de pena da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. O art. 112 da Lei de Execução Penal, que trata da progressão de regime, passou a contar com o § 3º, que estabelece a progressão a partir do cumprimento de 1/8 (um oitavo) da pena, cumulado com alguns outros requisitos⁸¹.

Esta lei, que também alterou o sistema de prisão domiciliar cautelar para a mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, veio na esteira de decisão proferida pelo STF em fevereiro de 2018 no *habeas corpus* 143.641/SP, no qual figuravam como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional” que ostentassem “a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”, além das próprias crianças que porventura estivessem na companhia de suas mães.

O suporte fático para a concessão da ordem consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças (compreendidas no sentido legal conferido pelo art. 2º do ECA: até doze anos incompletos) estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos.

Em razão disso, determinou-se “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício”. E estendeu-se a ordem de ofício a todas as demais presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação daquelas beneficiadas diretamente pela impetração.

80. REsp 1.973.397/MG, Rel. Min. Ribeiro Santos, julgado em 12/09/2023.

81. I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; IV – não ter integrado organização criminosa.

2.4.2. Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena está previsto constitucionalmente. Dispõe o artigo 5º, XLVI, CF/88:

“a lei regulará a **individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (grifamos).

A individualização da resposta estatal ao autor de um fato punível deve ser observada em três momentos: **a)** na definição, pelo legislador, do crime e sua pena; **b)** na imposição da pena pelo juiz; **c)** e na fase de **execução** da pena, momento em que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (art. 5º LEP).

2.4.3. Princípio da proporcionalidade

Trata-se de princípio constitucional implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente. Esse mandamento foi aprofundado na teoria geral da pena.

2.4.4. Princípio da pessoalidade

O princípio da pessoalidade das penas está insculpido no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que dispõe:

“nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”⁸².

Trata-se de desdobramento lógico dos princípios da responsabilidade penal individual, da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade.

2.4.5. Princípio da vedação do “bis in idem”

Este princípio não está previsto expressamente na Constituição, mas sim no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional:

“Art. 20. *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2 – Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal”.

82. A Convenção Americana de Direitos Humanos também disciplina o princípio, prevendo que “a pena não pode passar da pessoa do condenado” (art. 5º, 3, CADH).

Entende-se, majoritariamente, que o princípio em estudo não é absoluto. O próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 20, 3, prevê a possibilidade de julgamento por mesmo fato nos casos dos crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, desde que o primeiro tribunal a realizar o julgamento tenha tentado subtrair a competência do Tribunal Internacional ou não tenha havido a imparcialidade necessária à ação da justiça. Entre nós, sempre se ensinou que a exceção ao princípio do *non bis in idem* se encontra no artigo 8º do CP, que autoriza novo julgamento e condenação pelo mesmo fato, nos casos de extraterritorialidade da lei penal brasileira. É preciso atentar, no entanto, para a decisão preferida pelo STF no HC 171.118/SP (j. 12/11/2019), na qual o tribunal concluiu que o art. 8º do CP “deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”⁸³. Há ainda casos de independência de instâncias de responsabilidade, que, julgando o mesmo fato, podem estabelecer punições de naturezas diversas, sem ofensa ao *ne bis in idem*. É o que se dá em decorrência de um ato de improbidade administrativa que se subsume também a um crime contra a Administração Pública, por exemplo. É plenamente possível que o agente seja submetido a pena privativa de liberdade e às penas relativas à improbidade por ter cometido o mesmo fato, além de poder sofrer punição disciplinar no âmbito administrativo. É também o que ocorre em virtude das disposições da Lei Anticorrupção (12.846/13), que contempla tanto a responsabilização judicial quanto a administrativa.

O princípio do *non bis in idem* tem três significados:

(A) Processual: ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime.

Segundo o STJ, não há *bis in idem* na instauração de processo penal no Brasil enquanto ainda tramita processo pelo mesmo fato no exterior. Apenas a sentença pode provocar efeitos no Brasil e, conforme o caso, fazer incidir a regra do art. 8º do CP:

“As mudanças ocorridas no Direito, principalmente a partir da universalização dos direitos humanos e da criação consensual de instâncias supranacionais para protegê-los e punir os responsáveis por suas violações, implicou a progressiva e lenta reestruturação do processo penal moderno, para um modelo incriminatório universal em que as fronteiras não sejam obstáculo para a justiça ou refúgio para a impunidade. Uma dessas mudanças diz respeito aos limites de aplicação do *ne bis in idem*, a um primeiro olhar mais restritos quando aplicados no âmbito da jurisdição transnacional do que em sua corrente incidência dentro de cada ordenamento jurídico. Nesse contexto, pela análise de normativas internacionais incorporadas e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se a regra de que é a sentença definitiva oriunda de distintos Estados soberanos – e não a existência de litígio pendente de julgamento – que pode obstar a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica processual que configuraria a litispendência. Prevalece,

83. Tratamos desse tema com mais detalhes no estudo da eficácia da lei penal no espaço.

portanto, que a pendência de julgamento de litígio no exterior não impede o processamento de demanda no Brasil, até mesmo porque, como é cediço, no curso da ação penal pode ocorrer tanto a alteração da capitulação (*emendatio libeli*) como, também, da imputação penal (*mutatio libeli*), o que, por si só, é suficiente para exigir maior cautela na extinção prematura de demandas criminais em Estados soberanos distintos. Seria temerário, pois, também sob esse aspecto, aniquilar o cumprimento da pena no território brasileiro. Além disso, poderá incidir o art. 8º do Código Penal, que, embora não cuide propriamente da proibição de dupla punição e persecução penais, dispõe sobre o modo como deve ser resolvida a situação de quem é punido por distintos Estados soberanos pela prática do mesmo delito, nos seguintes termos: ‘A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas’”.⁸⁴

(B) Material: ninguém pode ser condenado pela segunda vez em razão do mesmo fato;

(C) Execucional: ninguém pode ser executado duas vezes por condenações relacionadas ao mesmo fato.

O *bis in idem* é tema recorrente nos tribunais superiores, como se extrai dos julgados elencados nas tabelas abaixo:

STJ
Não é possível aplicar o aumento de pena decorrente da relação de parentesco ou autoridade sobre a vítima (art. 226, inciso II, do CP) à mãe condenada, por omissão imprópria, pelo crime de estupro de sua própria filha. Isso porque a condição de genitora, no caso, é elementar da tipificação, e considerar a mesma circunstância para elevar a pena é <i>bis in idem</i> (HC 683.176/GO, j. 07/12/2021).
O agente condenado por roubo a uma agência bancária não pode ser processado, em outra ação penal, por roubo cometido contra o gerente da agência no mesmo contexto fático. Para o tribunal, se ambas as condutas se deram na mesma ocasião, o fato de um dos roubos não ter sido levado ao conhecimento do magistrado não autoriza a deflagração ação penal, sob pena de se caracterizar o <i>bis in idem</i> (HC 173.397-RS, Sexta Turma, DJe de 17/3/2011)” (HC 285.589/MG, DJe 17/9/2015).
Não há <i>bis in idem</i> no fato de o juiz majorar a pena do tráfico de drogas em virtude da quantidade da substância ilícita e, ao mesmo tempo, negar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 por considerar que, dadas as circunstâncias, indicadas inclusive pela quantidade da droga, o agente se dedica a atividades criminosas (HC 371.438/SP, DJe 28/10/2016).
Há <i>bis in idem</i> , por outro lado, se o juiz considera somente a natureza e a quantidade da droga para aumentar a pena-base e negar a causa de diminuição ou aplicá-la em fração menor (HC 364.866/SP, DJe 10/10/2016).
Não há <i>bis in idem</i> na situação em que o juiz considera a reincidência para aumentar a pena-base no crime de tráfico e para afastar a causa de diminuição, pois a primariedade e os bons antecedentes são requisitos legais para que o agente se beneficie da minorante (HC 307.476/SP, DJe 17/10/2016).

STJ

Não se caracteriza o *bis in idem* no aumento da pena-base em virtude da reincidência e, simultaneamente, na utilização da mesma circunstância para estabelecer o regime de pena mais grave (EDcl no HC 335267/SC, DJe 1/10/2016).

Configura indevido *bis in idem* a utilização, na primeira fase da dosimetria da pena, dos mesmos elementos para fundamentar a avaliação negativa de circunstâncias judiciais distintas (AgRg no AREsp 877187/PA, DJe 19/10/2016).

No crime de tráfico de drogas, a incidência da causa de aumento de pena pela transnacionalidade em modalidades como “trazer consigo”, “guardar” ou “transportar” não caracteriza *bis in idem*, pois se trata de circunstância que torna mais grave o fato, não de elementar do crime (AgRg no AREsp 758821/PR, DJe 17/10/2016).

Não se presta a existência de uma única condenação definitiva a fundamentar o aumento da pena como maus antecedentes e como reincidência, sob pena de *bis in idem*, nos termos do disposto na Súmula 241/STJ (HC 263.289/SP, DJe 17/10/2016).

É vedada a aplicação de pena restritiva de direitos como condição especial do regime aberto, sob pena de caracterizar *bis in idem* – vedação que se extrai, aliás, da súmula 493 (HC 363.352/SP, DJe 18/10/2016).

Não há *bis in idem* se, havendo, por exemplo, duas condenações, uma delas foi utilizada, na primeira fase de aplicação da pena, como mau antecedente, e outra incidiu na segunda fase, como agravante relativa à reincidência (HC 359.871/SP, DJe 10/10/2016).

Não há *bis in idem* na incidência da causa de aumento referente ao concurso de agentes no roubo cumulada com a condenação pelo crime de corrupção de menores, pois se trata de duas condutas autônomas e independentes, que ofendem bens jurídicos distintos (HC 362.726/SP, DJe 06/09/2016).

Não se caracteriza o *bis in idem* na situação em que o juiz, diante de um crime de roubo com duas circunstâncias majorantes, utiliza uma delas para exasperar a pena-base e outra na terceira fase de aplicação da pena, como causa de aumento de pena (HC 316139/DF, DJe 19/04/2016).

Não há *bis in idem* na imputação do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma em concurso com o crime de associação criminosa (RHC 49.719/PR, DJe 01/09/2015).

Não há *bis in idem* na imputação simultânea do feminicídio majorado porque praticado durante a gestação (art. 121, § 7º, I, CP) e do aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125), pois enquanto a majorante se fundamenta na maior vulnerabilidade da vítima, o crime de aborto tutela a vida do feto (REsp 1.860.829/RJ, DJe 23/09/2020).

Não configura *bis in idem* a utilização da agravante genérica do art. 61, II, f, do Código Penal e da majorante específica do art. 226, II, do Código Penal quando a circunstância utilizada pelas instâncias ordinárias para agravar a pena é a prevalência da relação doméstica de confiança e de hospitalidade para o cometimento do delito, enquanto, para aumentá-la na terceira fase, é a condição de tio da vítima, situações distintas, portanto (AgRg no HC 690.214/SC, j. 27/09/2022).

Se o alto prejuízo suportado pela vítima ultrapassa as consequências ordinárias do roubo, é possível aumentar a pena-base sem que haja *bis in idem* (AgRg no AREsp 1.739.450/SE, j. 11/10/2022).

STF

De acordo com o tribunal – que reconheceu a repercussão geral do tema – há *bis in idem* na consideração simultânea da natureza e da quantidade da droga para aumentar a pena-base e para justificar a graduação da minorante (HC 129.555 AgR/PR, DJe 27/10/2016).

Por outro lado – assim como já decidiu o STJ – não há *bis in idem* quando a natureza e a quantidade da droga são mencionadas também para afastar a majorante, mas não se trata do fator preponderante (HC 134.573/SP, DJe 30/09/2016).

Julgando ação penal que tratava do crime de falsidade documental, concluiu o tribunal haver *bis in idem* no procedimento de considerar, para aumentar a pena-base, que o agente exercia o cargo de prefeito ao cometer o delito, e, ao mesmo tempo, fazer incidir a majorante do art. 297, § 1º, do CP, que exaspera a pena quando o sujeito ativo é funcionário público e se prevalece do cargo para cometer o delito (AP 971/RJ, DJe 11/10/2016).

Não há *bis in idem*, no crime de desacato, se a pena-base for elevada com fundamento nos prejuízos psicológicos que a ofensa tenha causado ao funcionário público, pois se trata de circunstância que agrava as consequências do delito – que visa sobretudo a proteger a dignidade da Administração Pública – não de elementar (HC 126.346/ES, DJe 11/05/2016).

Não caracteriza *bis in idem*, no homicídio culposo cometido por médico, a incidência da majorante relativa à inobservância de regra técnica de profissão (RHC 129.946 AgR/SP, DJe 28/04/2016).

O fato de o crime de concussão pressupor que o sujeito ativo seja agente público não impede a exasperação da pena-base se o autor exerce o cargo de deputado federal, de quem se espera ainda maior comprometimento com os princípios da Administração Pública (HC 132.657/DF, DJe 02/03/2016).

Nas infrações penais tributárias a extensão do dano causado pela sonegação pode ser considerada para aumentar a pena-base (HC 128.446/PE, DJe 29/09/2015).

Não há *bis in idem* na consideração da inobservância de regra técnica de profissão tanto para a tipificação do art. 261 do CP (atentado contra a segurança de transporte aéreo) quanto para a caracterização da majorante a que se refere o art. 258 do CP, segundo a qual se da forma culposa do crime do art. 261 decorre a morte, aplica-se a pena do homicídio culposo (que por sua vez é majorado no caso de inobservância de regra técnica de profissão), aumentada de um terço (ARE 896.843 AgR/MT, DJe 23/09/2015).

O agente condenado por transportar drogas com a intenção de enviá-las ao exterior pode sofrer o aumento de pena em virtude da transnacionalidade, sem que isso caracterize *bis in idem* (HC 127.221/SP, DJe 09/09/2015).

Considerar, na primeira fase de aplicação da pena, um mesmo fato como circunstância do crime e como personalidade desfavorável é *bis in idem* (HC 125.586/SP, DJe 15/12/2015).

Tratando-se do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, não há *bis in idem* na exasperação da pena-base em razão da magnitude da lesão causada, pois se trata de circunstância – não elementar – que agrava as consequências do delito (RHC 124.292/PR, DJe 08/04/2015).

A aplicação da agravante da reincidência não caracteriza *bis in idem*, como decidiu o STF após reconhecer a repercussão geral do tema (RE 453.000/RS, DJe 03/10/2013).

Não há *bis in idem* na condenação simultânea por roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e por associação criminosa armada porque tais infrações penais visam à proteção de bens jurídicos diversos e não há relação de dependência entre elas (HC 113.413/SP, DJe 12/11/2012).

Capítulo VI

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO TEMPO

Sumário • 1. Introdução; 2. Tempo do crime; 3. Sucessão de leis no tempo; 3.1. Sucessão de lei incriminadora; 3.2. *Novatio legis in pejus*; 3.3 *Abolitio criminis*; 3.4. *Novatio legis in mellius*; 3.5. Princípio da continuidade normativo típica-típica; 4. Lei temporária e lei excepcional; 4.1. Constitucionalidade das leis temporárias e excepcionais; 5. Lei penal no tempo: questões complementares; 5.1. Retroatividade da jurisprudência; 5.2. Retroatividade da lei penal no caso de norma penal em branco; 5.3. Lei intermediária.

1. INTRODUÇÃO

Como decorrência do princípio da legalidade, aplica-se, **em regra**, a lei penal vigente ao tempo da **realização** do fato criminoso (*tempus regit actum*). A lei penal, para produzir efeitos no caso concreto, deve ser editada antes da prática da conduta que busca incriminar. Excepcionalmente, no entanto, será permitida a retroatividade da lei penal para alcançar fatos passados, desde que benéfica ao réu.

A esta possibilidade conferida à lei de movimentar-se no tempo (para beneficiar o réu) dá-se o nome de **extra-atividade**. A extra-atividade deve ser compreendida como gênero do qual são espécies

(A) a **retroatividade**, capacidade que a lei penal tem de ser aplicada a fatos praticados antes da sua vigência; e

(B) a **ultra-atividade**, que representa a possibilidade de aplicação da lei penal mesmo após a sua revogação ou cessação de efeitos.

Retroatividade	Ultra-atividade
Ex: Lei "A" (pena de 2 a 4 anos) é revogada pela Lei "B" (pena de 1 a 3 anos). A Lei "B" deve retroagir para alcançar os fatos pretéritos, pois mais benéfica.	Ex: Lei "A" (pena de 1 a 3 anos) é revogada pela Lei "B" (pena de 2 a 4 anos). A Lei "B" não pode retroagir para alcançar os fatos pretéritos, pois prejudicial. Nesse caso, para os fatos anteriores, continua sendo aplicada a Lei "A".

2. TEMPO DO CRIME

Para a correta (e justa) aplicação da lei penal é imprescindível definir o **tempo do crime**, ou seja, quando um crime se considera praticado.

O nosso Código Penal, em seu artigo 4º, adotou a **teoria da atividade**, dispondo que “*considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*”¹.

Pelo princípio da coincidência (da congruência ou da simultaneidade), todos os elementos do crime (fato típico, ilicitude e culpabilidade) devem estar presentes no momento da conduta. A imputabilidade do agente, por exemplo, dependerá da aferição da sua idade no momento da ação ou da omissão.

Deste modo, se ao tempo do disparo de arma de fogo o agente era menor de 18 anos, terá praticado ato infracional e será sancionado de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que a vítima somente venha a óbito quando o agente complete os 18 anos².

O momento do crime é também marco inicial para saber a lei que, em regra, vai reger o caso concreto, ganhando ainda mais importância no caso de sucessão de leis penais no tempo.

3. SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO

Entre a data do fato praticado e do seu julgamento, ou do término do cumprimento da pena, podem surgir várias leis penais alterando o conteúdo da legislação, com a modificação da norma de conduta ou das suas consequências jurídicas, ocorrendo aquilo que denominamos de sucessão de leis no tempo. Quando ocorre a sucessão, é necessário observar, em especial, as regras da ultra-atividade e da retroatividade.

O artigo 5º, XL da CF/88 enuncia, como **regra geral**, que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Trata-se da **irretroatividade** da lei penal, excetuada somente quando esta lei beneficia de algum modo o acusado (ou mesmo o condenado). Esta retroatividade da lei benéfica é determinada por razões de política criminal, autorizando que a lei nova – que deveria produzir efeitos a partir da sua entrada em vigor – produza efeitos sobre as ações ou omissões realizadas antes de sua existência no mundo jurídico.

Da sucessão de leis no tempo podem se apresentar ao intérprete cinco cenários distintos:

1. Existem, ainda, duas outras teorias que explicam o tempo do crime. São elas a **teoria do resultado** (do evento ou do efeito), segundo a qual se considera praticado o crime quando da ocorrência do seu resultado (ex: local do óbito) e a **teoria mista ou da ubiquidade**, que considera tempo do crime tanto o momento da ação ou omissão quanto o momento da produção do resultado (ex: local do disparo ou local do óbito).
2. Nesse tanto, importante lembrar o teor da Súmula 605 do STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

Tempo da realização do ato	Lei Posterior	Fenômeno da (ir)retroatividade
Fato atípico	Torna o fato típico	Lei incriminadora Irretroatividade – art. 1º
Fato típico	Mantém o fato típico, mas, de qualquer modo, prejudica o réu	<i>Novatio legis in pejus</i> Irretroatividade – art. 1º
Fato típico	Supressão da figura criminosa	<i>Abolitio criminis</i> Retroatividade – art. 2º
Fato típico	Mantém o fato típico, mas, de qualquer modo, favorece o réu	<i>Novatio legis in mellius</i> Retroatividade – art. 2º, p. único.
Fato típico	O conteúdo típico migra para outro tipo penal	Princípio da continuidade normativo-típica (sua retroatividade vai depender do caso concreto, se a migração do conteúdo está acompanhada de situação mais favorável ao réu)

Vejamos cada um separadamente.

3.1. Sucessão de lei incriminadora

A *novatio legis* incriminadora é a lei que não existia no momento da prática da conduta e que passa a considerar como delito a ação ou omissão realizada. Esta norma é **irretroativa**, nos termos do artigo 1º do Código Penal.

Como exemplo, deve ser lembrado que o delito insculpido no artigo 311-A do Código Penal (fraude em certames de interesse público) não pode incidir sobre as condutas praticadas antes do dia 16/12/2011, dia em que a norma entrou em vigor. Portanto, esta norma (“neocriminalização”) só incidirá nas ações ou omissões realizadas a partir desse dia.

Lei 12.550/11 (tipificou o delito de fraude em certames de interesse público)	
Antes	Depois
Utilizar pontos eletrônicos para fraudar concurso público era, na visão do STF, atípica.	Utilizar pontos eletrônicos para fraudar certames passou a ser crime (neocriminalização), previsto no art. 311-A do CP.
Obs: O novo tipo não retroage para alcançar os fatos anteriores, obedecendo a garantia prevista no art. 1º. do CP (anterioridade).	

3.2. *Novatio legis in pejus*

A nova lei que, de qualquer modo, prejudica o réu (*lex gravior*) também é irretroativa, devendo ser aplicada a lei vigente quando do tempo do crime. Trata-se, como na hipótese primeira (*novatio legis* incriminadora), de observância da lei ao princípio da anterioridade, corolário do princípio da legalidade, já estudado.

A título de exemplo, devemos lembrar que, em meados de 2021, a Lei nº 14.155 destacou do art. 155, §4º, II (furto mediante fraude), punido com 2 a 8 anos, forma especial do crime, qual seja, furto mediante fraude por meio digital (meio de dispositivo eletrônico ou informático). Para esta modalidade, passou a anunciar pena de 4 a 8 anos. Como esta alteração legislativa é claramente prejudicial ao réu, a lei nova não poderá ser aplicada aos crimes de furto mediante fraude digital praticados antes da sua entrada em vigor. O tipo do art. 155, §4º, II, apesar de não mais regular esta modalidade especial do crime, será ultra-ativo, aplicado em detrimento da nova figura (vigente na data do julgamento).

Lei 14.155/21 (recrudesceu a punição da fraude digital)	
Antes	Depois
O art. 155, §4º, II, do CP, tipificava todas as formas de furto mediante fraude com pena de 2 a 8 anos.	Para o crime de furto mediante fraude digital a pena passou a ser de 4 a 8 anos de reclusão (art. 155, §4º-B, do CP).
Obs: A nova Lei, por óbvio, não retroage para alcançar os fatos anteriores.	

☑ **Qual lei deve ser aplicada se, no decorrer da prática de um crime permanente ou crime continuado, sobrevém lei mais grave?**

De forma sintética, é preciso entender que o **crime permanente** é aquele cuja consumação se prolonga no tempo. No crime de sequestro (art. 148, CP), por exemplo, enquanto a vítima não for libertada, a consumação se protraí. Por sua vez, o **crime continuado** é uma ficção jurídica através da qual, por motivos de política criminal, dois ou mais crimes da mesma espécie, praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem ser tratados, para fins da pena, como crime único, majorando-se a pena³. Suponhamos que a funcionária de um determinado supermercado subtraia, por quatro sextas-feiras seguidas, o dinheiro do caixa pelo qual é responsável. Temos furto em continuidade delitiva.

De acordo com o **STF**, nessas hipóteses:

“a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência” (Súmula 711 do STF).

Sobre a súmula, **PAULO QUEIROZ** aponta que, tratando-se do crime continuado, a aplicação da lei mais grave a toda a cadeia de delitos é inconstitucional, pois, irradiando-se a pena mais grave aos delitos anteriores, inverte-se a lógica da continuidade delitiva,

3. CP. Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

em que o último delito é havido como continuação do primeiro, não o contrário, o que viola o princípio da legalidade. De acordo com o autor, o agente

“ao invés de responder por vários crimes em concurso material, deve responder por um único delito, o mais grave, se diversos, com aumento de um sexto a dois terços. Portanto, os crimes subsequentes só têm relevância jurídico-penal para efeito de individualização judicial da pena: escolha da pena mais grave (quando diversas as infrações) e fixação do respectivo aumento, pois o primeiro crime prevalece sobre todos os demais como se estes simplesmente não existissem, exceto para efeito de aplicação da pena”⁴.

☒ **E no caso de crime habitual, como trabalhar a sucessão de leis penais no tempo?**

Crime habitual é aquele que se configura mediante a reiteração de atos. Somente irá ocorrer se houver repetição da conduta que revele ser aquela atividade um procedimento costumeiro por parte do agente. Como exemplo, temos o delito previsto no artigo 229 do Código Penal, que pune a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual. Se a lei exige que o sujeito *mantenha* o estabelecimento, o crime não pode se configurar com apenas um ato, já que a manutenção exige certa regularidade.

Na hipótese de sucessão de leis penais durante a reiteração de comportamentos, temos corrente lecionando aplicar-se o espírito da Súmula 711 do STF, acima discutida. Andreas Eisele, contudo, bem diferencia duas situações que merecem atenção do aplicador da lei:

“Se uma lei posterior mais restritiva (por exemplo, em decorrência da implementação de um agravamento das consequências jurídicas do fato) passar a vigor durante um período no qual um sujeito esteja realizando tais condutas (de forma reiterada), caso os comportamentos implementados após a vigência da lei nova sejam suficientes para configurar a tipicidade do fato de forma independente dos fatos ocorridos anteriormente à vigência da referida lei, o conteúdo veiculado pela lei nova deverá ser aplicado ao sujeito responsável pela realização da conduta, porque o delito foi praticado durante a vigência da lei nova. Porém, se o número de condutas realizadas posteriormente à referida vigência não for suficiente para estabelecer a tipicidade de forma autônoma, a lei nova não poderá ser aplicada, pois o fato ocorrido exclusivamente durante sua vigência é atípico, e o conteúdo da lei nova mais restritiva não poderá retroagir para ser aplicado em relação a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência (cuja consideração é necessária para se configurar a habitualidade). Neste caso, deverá ser aplicado o conteúdo da lei anterior, o qual terá eficácia ultra-ativa”⁵.

4. Disponível em <http://pauloqueiroz.net/crime-continuado-e-a-sumula-711-do-supremo-tribunal-federal/>, acessado em 19/06/2015.

5. Ob. cit., p. 113.

3.3. *Abolitio criminis*

A abolição do crime representa a supressão da figura criminosa. Trata-se da revogação de um tipo penal pela superveniência de lei descriminalizadora.

A lei abolicionista está prevista no artigo 2º, *caput*, do Código Penal, que preceitua que: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

A *abolitio criminis* é fenômeno verificado sempre que o legislador, atento às mutações sociais (e ao princípio da intervenção mínima), resolve não mais incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, julgando que o Direito Penal não mais se faz necessário à proteção de determinado bem jurídico. É o que ocorreu com o crime de adultério, anteriormente previsto como crime no art. 240 do CP e revogado pela Lei nº 11.106/2005.

Lei 11.106/05 (revogou o crime de adultério)	
Antes	Depois
O art. 240 do CP punia o adultério com pena de até 6 meses de detenção	Adultério deixou de ser crime
Obs: A nova Lei revogou a figura criminosa, retroagindo para alcançar os fatos anteriores (art. 2º, “caput”, CP).	

Discute-se a **natureza jurídica** do instituto da *abolitio criminis*. Uma primeira corrente (Flávio Monteiro de Barros) ensina que a natureza da *abolitio* é de causa extintiva da tipicidade, extinguindo, por conseguinte, a punibilidade. Para outra, adotada pelo Código Penal, a descriminalização representa **causa extintiva da punibilidade**, o que consta expressamente do seu artigo 107, III⁶.

A lei penal abolicionista não deve respeito à coisa julgada. Isto porque, por expressa disposição do artigo 2º, *caput*, CP, cessarão tanto a execução quanto os efeitos penais da sentença condenatória. Tal dispositivo não infringe o artigo 5º, inc. XXXVI, da CF (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada”), pois o mandamento constitucional tutela a garantia individual e não o direito de punir do Estado.

☒ Como ficam os efeitos da condenação na hipótese de “abolitio criminis”?

É necessário fazer distinção entre os efeitos penais e os efeitos extrapenais da sentença condenatória. Os efeitos extrapenais estão positivados nos artigos 91, 91-A e 92 do Código Penal e não serão alcançados pela lei descriminalizadora. Assim, mesmo com a revogação do crime, subsiste, por exemplo, a obrigação de indenizar o dano causado, enquanto os efeitos penais terão de ser extintos, retirando-se o nome do agente do rol dos culpados, não podendo a condenação ser considerada para fins de reincidência ou de antecedentes penais.

6. CP. Art. 107 – *Extingue-se a punibilidade: [...] III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso.*

Tratando sobre o tema, **PAULO QUEIROZ** esclarece o porquê da permanência dos efeitos extrapenais:

“Cumpra-se notar que a expressão descriminalizar (=abolir o crime), como o indica o étimo da palavra, significa retirar de certa conduta o caráter de criminoso, mas não o caráter de ilicitude, já que o direito penal não constitui o ilícito (caráter subsidiário); logo, não pode, pela mesma razão, desconstituí-lo. Por isso que, embora não subsistindo quaisquer dos efeitos penais (v.g. reincidência), persistem todas as consequências não penais (civil, administrativo) do fato, como a obrigação civil de reparar o dano, que independe do direito penal”⁷.

3.4. *Novatio legis in mellius*

Trata-se da nova lei que de qualquer modo beneficia o réu, também conhecida como *lex mitior*. Esta lei retroagirá, atendendo à regra, prevista também no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

Como se depreende da parte final do dispositivo, a lei **penal** nova que beneficia o réu, a exemplo da abolicionista, também **não respeita a coisa julgada**, sendo aplicada mesmo quando o agente já tenha sido condenado definitivamente.

Exemplo de *novatio legis in mellius* se extrai da Lei nº 13.769/18, que alterou a Lei de Execuções Penais, prevendo lapso diferenciado de cumprimento de pena para presa gestante, mãe ou responsável por criança ou adolescente progredir de regime. Agora, se o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, não se tratar de crime contra seu filho ou dependente, ser a reeducanda primária e apresentar bom comportamento carcerário, bem como não ter integrado organização criminosa, basta o cumprimento de ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior, mesmo em se tratando de crime hediondo ou equiparado (art. 112, §3º, LEP).

Todas as condenadas, mesmo em crimes cometidos antes da nova Lei, acabaram sendo favorecidas pelo novo texto.

Lei 13.769/18 (progressão diferenciada para determinadas presas)	
Antes	Depois
A progressão de regimes para presa gestante, mãe ou responsável por criança ou adolescente dependia do cumprimento de 1/6 (crime comum) ou 2/5 ou 3/5 (crimes hediondos ou equiparados).	A progressão de regimes para presa gestante, mãe ou responsável por criança ou adolescente pode ser de 1/8, desde que preenchidos os requisitos do art. 112, §3º., da LEP, mesmo para crimes hediondos ou equiparados.
Obs: A nova Lei retroage para alcançar os fatos anteriores (art. 2º, parágrafo único, CP).	

7. Ob. cit., p. 108.

Algumas importantes questões se apresentam em relação à lei penal mais benéfica:

☑ **Depois do trânsito em julgado, qual o juiz competente para aplicar a lei penal mais benéfica?**

A resposta a esse questionamento dependerá do conteúdo da lei penal benéfica. Se a sua aplicação depender de mera operação matemática, o juiz da execução da pena é competente para aplicá-la. Por outro lado, se for necessário juízo de valor para aplicação da lei penal mais favorável, o interessado deverá ajuizar revisão criminal (art. 621 do CPP) para deconstituir o trânsito em julgado e aplicar a lei nova.

Dessa maneira, podemos dizer que a súmula nº 611 do STF, dispondo que “*transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juiz da execução a aplicação de lei mais benigna*”⁸, é incompleta, já que, se a lei mais benigna implicar juízo de valor, competirá ao juízo revisor, ou seja, àquele responsável pelo julgamento da revisão criminal.

Espécie	Lei penal mais benigna	
	Que representa mera aplicação matemática	Que implica juízo de valor
Juízo competente	Juízo da execução	Juízo da revisão criminal
Exemplo	Cria-se para um crime patrimonial uma causa de diminuição de pena quando o dano à vítima for inferior a 1 salário mínimo (circunstância que dispensa juízo de valor).	Cria-se para um crime patrimonial uma causa de diminuição quando o dano for de pequeno valor (circunstância que demanda juízo de valor).

Devemos ressaltar, entretanto, que antes da prolação da sentença, cabe ao juiz competente para o processo a aplicação da lei nova mais benéfica, bem como que após a sentença condenatória (recorrível), cabe à instância recursal esta função.

☑ **É possível a aplicação da lei penal mais benéfica durante o seu período de “vacatio legis”?**

Duas correntes discutem o tema.

1ª corrente: capitaneada por **ALBERTO SILVA FRANCO**, leciona que o *tempus vacationes* tem como fulcro primordial a necessidade de que a lei promulgada se torne conhecida. Não faz sentido, portanto, que aqueles que já se inteiraram do teor da lei nova fiquem impedidos de lhe prestar obediência, desde logo, quanto a seus preceitos mais brandos, quando, em razão da retroatividade benéfica, mais cedo ou mais tarde isso teria que acontecer.⁹ Neste sentido, diz o autor:

“Daí a afirmação final de que o período da *vacatio legis* se revela apenas indispensável em relação à norma penal incriminadora,

8. No mesmo sentido da súmula, dispõe o artigo 66, I, da Lei de Execução Penal: “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.”

9. RT 596/341.

preceptiva ou proibitiva ou à norma agravadora da sanção punitiva, não podendo ter incidência em relação às normas penais permissivas ou beneficiadoras (não dependentes de regulamentação ou de implementação de qualquer ordem), porque têm necessariamente, por inquestionável força constitucional, vigência e eficácia a partir da publicação da lei posterior”¹⁰.

2ª corrente: no período de *vacatio legis* a lei penal não possui eficácia jurídica ou social, devendo imperar a lei vigente. Fundamenta-se esta corrente no fato de que a lei no período de *vacatio legis* não passa de mera expectativa de lei. Esta é a corrente predominante, defendida por **PAULO QUEIROZ**, **DAMÁSIO DE JESUS** e **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**. Este último, a propósito, preleciona:

“Não se compreende que uma norma tenha validade para beneficiar réus em geral, mas não possa ser aplicada ao restante da população, o que ocorreria se a primeira posição fosse adotada. Se todos são iguais perante a lei, é preciso harmonizar os princípios constitucionais a fim de não se permitir que uma interpretação excessivamente liberal afronte preceitos fundamentais”¹¹.

☒ Como proceder em caso de dúvida sobre qual a lei penal mais benéfica?

Nem toda lei permitirá identificar claramente se sua aplicação beneficiará ou não o réu. Em alguns casos, é mesmo possível que a lei aparente ser benéfica, porém o réu entenda ser ela prejudicial¹².

10. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. Tomo I. v.1, p. 78.
11. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 104. Nesse sentido decidiu o STJ: “(...) 4. Não poderia o Tribunal de origem aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, de 23/8/06, uma vez que a norma não estava em vigor quando do julgamento do recurso acusatório, que se deu em dentro do prazo da *vacatio legis*. 5. É imprescindível indagar qual a lei apresenta-se mais favorável ao condenado, levando-se em consideração o reconhecimento das circunstâncias judiciais constantes da sentença condenatória. 6. Na hipótese, eventual aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 deve ocorrer em sede de execução, nos termos do inciso I do art. 66 da LEP. 7. Ordem denegada (STJ, HC 100.692/PR, 5.ª T., j. 15.06.2010, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 02.08.2010).
12. Djalma Eutímio de Carvalho aponta um exemplo de lei aparentemente benéfica porém, em verdade, prejudicial, sob a ótica do réu: “A, reincidente específico em crime doloso, cometeu o crime de sedução, cuja pena cominada é de seis meses a dois anos. Foi julgado e condenado à pena de 1 (um) ano e três meses. Não pôde obter livramento condicional, porquanto é requisito deste que a pena aplicada seja igual ou superior a 2 (dois) anos. Também, não faz jus à pena restritiva de direito, por ser reincidente específico em crime doloso; tampouco à suspensão condicional da execução da pena (*sursis*), por essa última razão (reincidência). Entretanto, surge nova lei cominando pena de dois a três anos. Aplicando-se, nos termos da nova lei, pena *in concreto* de dois anos, com um ano o réu estará solto, por força do livramento condicional, enquanto, nos termos da lei antiga ficaria preso por mais três meses. Neste exemplo hipotético, a nova lei, embora mais severa, foi mais favorável, *in concreto*, para o réu”. (*Curso de Direito Penal – Parte Geral*, Vol. 1. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 72-73).

Nesses casos, sugere Nélson Hungria que, presente a dúvida, deve-se consultar o próprio acusado ou condenado, permitindo-lhe indicar (por meio de defensor) qual a norma que efetivamente o beneficia¹³.

☑ **Para beneficiar o réu, admite-se combinação de leis penais?**

A combinação de leis penais seria a faculdade conferida ao juiz para, na determinação da lei mais benéfica, tomar preceitos ou critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei posterior, conjugando-os de forma a aplicá-los ao caso concreto.

☑ **A título de exemplo, imagine-se que a lei A disponha sobre determinado crime prevendo a pena de 2 a 4 anos e multa, enquanto a lei B, passando a disciplinar o mesmo crime, preveja pena de 4 a 8 anos, sem a previsão de multa. É possível conjugar a lei A com a lei B para punir o réu com pena de 2 a 4 anos e sem multa (combinando as partes favoráveis de ambas as leis)?**



Para NÉLSON HUNGRIA¹⁴ o juiz, membro do Poder Judiciário, ao conjugar critérios de uma e outra lei, se arvora à condição de legislador criando um terceiro tipo penal (*lex tertia*), o que acabaria por violar a separação dos Poderes¹⁵. Neste sentido dispunha o Código Penal de 1969, determinando a “apuração da maior benignidade” entre a lei posterior e anterior deveria ser feita considerando-as “separadamente”.

De outro lado, BASILEU GARCIA e CELSO DELMANTO opinam favoravelmente à conjugação de leis penais. DAMÁSIO DE JESUS, partidário desta última corrente, explica que:

“Não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade da combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o Juiz pode aplicar o ‘todo’ de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o Juiz deixasse de aplicar a parcela benéfica da lei nova, porque impossível a combinação de lei”.¹⁶

13. Neste sentido, cf. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994, p. 59.

14. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 110.

15. De igual modo entende Cláudio Heleno Fragoso (Ob. cit., p. 126).

16. *Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.

Em resumo:

	Doutrinadores	STF	STJ	Opinião por todos
A favor	Basileu Garcia, Celso Delmanto, Damásio de Jesus.	RE 596152;* HC 95435	HC 111306	“Se o Juiz pode aplicar o ‘todo’ de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional”. (Damásio de Jesus).
Contra	Nélson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno.	HC 94687; HC 103833	Rcl 3.546/SP; HC 220.589/ SP; HC 179.915; Súmula 501**	“Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu, aplicando ambas parcialmente.” (FRAGOSO, ob. cit.).
* Julgado pelo Tribunal Pleno, este Recurso Extraordinário resultou em empate, beneficiando o réu para possibilitar a combinação de leis penais. Não se trata, portanto, de entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal. ** “É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”. Nesse sentido decidiu também o Pleno do STF (RE 600.817).				

ANDREAS EISELE, criticando o modo como a questão é debatida, não ignora haver situações em que a combinação é possível. Explica o autor:

“O que determina a classificação da aplicação de normas de duas leis como uma ‘terceira’ lei não é um aspecto formal (o fato de as normas serem veiculadas por distintos instrumentos legislativos), mas o conteúdo das regulamentações, pois, caso ambas as normas não sejam incompatíveis em seus fundamentos ou finalidades, não haverá inovação normativa na aplicação cumulativa de ambas. Porém, caso a incidência de qualquer delas implique uma contradição política (devido à incompatibilidade entre os fundamentos ou finalidades de cada qual), sua aplicação cumulativa caracterizará uma alteração normativa, e tal alteração não pode ser realizada pelo intérprete, independentemente de seu resultado beneficiar ou prejudicar quem quer que seja.

Portanto, a possibilidade de combinação de dispositivos de leis na situação analisada (sucessão temporal parcialmente benéfica e parcialmente prejudicial) depende sempre do fundamento (motivo político) e da finalidade (objetivo político) que orientam as normas a serem aplicadas, pois o juiz não pode alterar as opções políticas que orientaram o conteúdo da legislação. Logo, a possibilidade de combinação de leis pressupõe a autonomia (independência) teleológica das normas consideradas, para que não seja definida uma norma

diferente de ambas, estabelecendo-se uma regulamentação incoerente com qualquer dos dois ordenamentos aplicáveis”¹⁷.

Andreas assim exemplifica hipótese legítima de combinação:

“Por exemplo, se em um texto legal superveniente, a pena cominada como consequência jurídica da prática de um delito tem sua quantidade aumentada, mas o mesmo texto institui uma causa especial de diminuição de pena, cujo pressuposto fático da incidência é uma situação autônoma, que não foi o motivo de tal aumento, nem instituída para compensá-lo, é possível calcular a pena (para fins de aplicação) com base nos limites da antiga cominação, e fazer incidir a causa especial de diminuição instituída pela lei posterior (se os respectivos pressupostos fáticos se implementarem na situação considerada). Esta combinação é possível porque o juiz possui o poder de aplicar normas de ambos os textos legais (sempre que não exista contradição teleológica entre ambas)”¹⁸.

3.5. Princípio da continuidade normativo-típica

A *abolitio criminis* não se confunde com o princípio da continuidade normativo-típica.

A *abolitio* representa supressão formal e material da figura criminosa, expressando o desejo do legislador em não considerar determinada conduta como criminosa. É o que aconteceu com o crime de sedução, revogado, formal e materialmente, pela Lei nº 11.106/2005.

O princípio da continuidade normativo-típica, por sua vez, significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é que a conduta permaneça criminosa.

Nesse sentido, decidiu o STJ:

“O princípio da continuidade normativa típica ocorre quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogado, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário”¹⁹.

<i>Abolitio criminis</i>	Continuidade normativa típica
Supressão da figura criminosa	Supressão formal do crime
A conduta não será mais punida (o fato deixa de ser punível)	O fato permanece punível (a conduta criminosa migra para outro tipo penal)
A intenção do legislador é não mais considerar o fato criminoso	A intenção do legislador é manter o caráter criminoso do fato

17. Ob. cit., p. 121.

18. Ob. cit., p. 121.

19. STJ – Quinta Turma – HC 187.471 – Rel. Ministro Gilson Dipp – DJe 04/11/2011.

A título de exemplo, vejamos o que ocorreu com os crimes de “rapto consensual” e de “rapto violento”, cada um alcançado por fenômeno distinto:

	CRIME DE RAPTO	
	Rapto Consensual	Rapto Violento
Antes da Lei n. 11.106/2005	Art. 220 do CP	Art. 219
Depois da Lei n. 11.106/2005	<i>Abolitio criminis</i>	Art. 148, § 1º, V, do CP princípio da continuidade normativo-típica

A extra-atividade da lei nova vai depender se, ao migrar o conteúdo criminoso para outro tipo penal, redundou num benefício ou prejuízo para o réu.

4. LEI TEMPORÁRIA E LEI EXCEPCIONAL

Após disciplinar a retroatividade da lei benéfica, o Código Penal, em seu artigo 3º, dispõe sobre as leis temporária e excepcional. *In verbis*: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

A lei temporária (ou temporária em sentido estrito) é aquela instituída por um prazo determinado, ou seja, é a lei que criminaliza determinada conduta, porém prefixando no seu texto lapso temporal para a sua vigência. É o caso da Lei 13.284/16, que criou diversos crimes que buscam proteger o patrimônio material e imaterial das entidades organizadoras dos Jogos Olímpicos de 2016, infrações penais com tempo certo de vigência (até 31 de dezembro de 2016).

A lei excepcional (ou temporária em sentido amplo) é editada em função de algum evento transitório, como estado de guerra, calamidade ou qualquer outra necessidade estatal. Perdura enquanto persistir o estado de emergência. No Código Penal Militar temos exemplos de leis excepcionais. Lendo os arts. 355 a 408 percebe-se que estão neles definidos crimes militares em tempo de guerra. As respectivas condutas, se praticadas em tempo de paz, podem caracterizar delitos distintos ou indiferentes penais (fatos atípicos).

As leis temporária e excepcional têm **duas características essenciais**:

(A) Autorrevogabilidade

As leis temporária e excepcional são **autorrevogáveis**, daí porque chamadas também de leis intermitentes. Esta característica significa dizer que as leis temporária e excepcional se consideram revogadas assim que encerrado o prazo fixado (lei temporária) ou cessada a situação de anormalidade (lei excepcional).

(B) Ultra-atividade

Por serem **ultra-ativas**, alcançam os fatos praticados durante a sua vigência²⁰, ainda que as circunstâncias de prazo (lei temporária) e de emergência (lei excepcional) tenham

20. Frederico Marques leciona que a lei temporária não é ultra-ativa, mas continua em vigor, embora não seja aplicável após o esgotamento do período anunciado.

se esvaído, uma vez que essas condições **são elementos temporais do próprio fato típico**. Observe-se que, por serem (em regra) de curta duração, se não tivessem a característica da ultra-atividade, perderiam sua força intimidativa. Em outras palavras, podemos afirmar que as leis temporárias e excepcionais não se sujeitam aos efeitos da *abolitio criminis* (salvo se houver lei expressa com esse fim).

4.1. Constitucionalidade das leis temporárias e excepcionais

Parte da doutrina questiona a constitucionalidade do artigo 3º do Código Penal. Para ZAFFARONI e PIERANGELI:

“Esta disposição é de duvidosa constitucionalidade, posto que exceção à irretroatividade legal que consagra a Constituição federal (‘salvo quando agravar a situação do réu’), não admite exceções, ou seja, possui caráter absoluto”²¹.

Não obstante a divergência dos renomados autores, predomina o entendimento de que as leis temporárias e excepcionais não violam o princípio da irretroatividade da lei prejudicial. Neste sentido, inclusive, dispunha o item “8” da Exposição de Motivos da antiga Parte Geral do Código Penal:

“É especialmente decidida a hipótese da *lei excepcional* ou *temporária*, reconhecendo-se a sua *ultra-atividade*. Esta ressalva visa impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais”.

LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA, também defendendo a constitucionalidade, explicam que o art. 3º do CP cuida de tipo penal diferenciado:

“O fato incriminado na lei temporária ou excepcional conta com dados típicos específicos (por exemplo: furto ocorrido durante inundação, sequestro praticado durante a lei temporária etc.). Quando a lei excepcional ou temporária perde sua vigência volta o Direito penal normal (anterior) ou cria-se um direito novo. Mas as figuras típicas (a anterior e a nova) não são as mesmas (falta na descrição típica antecedente ou subsequente aquele requisito extraordinário da temporariedade ou da excepcionalidade). O advento da lei normal (anterior) não significa *abolitio criminis* (dos fatos ocorridos durante a lei excepcional). Não se trata do mesmo tipo penal. Não se trata da mesma situação fática. Os tipos penais não são idênticos, logo, não se pode falar em sucessão de leis penais”²².

21. Ob. cit., p. 202.

22. Ob. cit. vol. 2, p. 80.

5. LEI PENAL NO TEMPO: QUESTÕES COMPLEMENTARES

5.1. Retroatividade da jurisprudência

Discute-se na doutrina a possibilidade de a alteração jurisprudencial retroagir para alcançar fatos praticados na vigência de entendimento diverso.

Imaginemos, por exemplo, um roubo praticado com emprego de arma de brinquedo. Havia no STJ a súmula 174 autorizando o aumento da pena mesmo quando cometido o crime com arma de brinquedo²³. Em outubro de 2001, no entanto, o STJ cancelou a referida súmula. Os fatos pretéritos, julgados com o aumento, poderiam ser beneficiados com a alteração do entendimento da Corte?

A Constituição Federal de 1988 se refere somente à retroatividade da lei (proibindo quando maléfica e fomentando quando benéfica). De igual modo, o Código Penal não disciplinou a possibilidade da retroatividade da jurisprudência.

O entendimento que prevalece é o de que a extra-atividade só se refere à lei, não se estendendo à jurisprudência. O STJ tem julgados nos quais afasta a possibilidade de revisão criminal em virtude da mudança de orientação jurisprudencial sobre determinado tema:

“1. Este Tribunal Superior de Justiça possui entendimento remanescente de que “o art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal ‘quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei’, o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal”. (REsp 706.042/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJ 07/11/2005) 2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”²⁴

Em decisão monocrática no STJ, o ministro Rogério Schietti Cruz também negou espaço para que a revisão criminal seja ajuizada diante de simples modificação de orientação jurisprudencial, não só porque esta possibilidade não está elencada no art. 621 do CPP, mas também, e principalmente, porque o fato de tribunais modificarem sua orientação sobre a interpretação de algum dispositivo legal não significa que a interpretação anterior era ilegítima. Citando Kelsen, lembrou o ministro que não pode ser acolhida a ideia de que a lei comporta apenas uma interpretação, o que nos conduz à conclusão de que devem ser tidas por legítimas as interpretações jurisdicionais consolidadas em momento prévio à formação do precedente. E, fazendo referência ao direito comparado, prossegue:

“Na Itália, *vg.*, país de onde herdamos boa parte de nossa tradição jurídica – máxime a do direito processual – o tema não é novo.

23. STJ. Súmula nº 174. No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena.

24. AgRg no REsp 1447604/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29/8/2014.

Maurizio Lupoi, Livre Docente de Direito Privado Comparado da Universidade de Roma, já em 1969, dizia que a regra, nos países do *common law*, nos quais há maior rigor na obediência aos precedentes, é a de seguir a *Blackstonian Doctrine*, segundo a qual a sentença judicial declara o direito. Logo, conquanto o *overruling*, ou rejeição de um precedente judicial, possua, geralmente, efeito retroativo, é mister incidir, em certos casos, a *prospective overruling*, de tal modo a aplicar a nova orientação apenas aos casos futuros. E **como exemplos dessas situações que justificam conferir efeitos *ex nunc* a uma nova orientação jurisprudencial são citados os casos em que o precedente interpretava norma penal de modo mais restritivo do que a que ora se considera ser a correta interpretação** (“*una norma penale in maniera più restrittiva di quel che ora si ritiene essere la giusta interpretazione*”) **ou em que a nova regra faria surgir um considerável número de causas com prejuízo à administração da justiça** (“*farebbe sorgere un notevole numero di cause con pregiudizio dell'amministrazione della giustizia*”) (LUPOI, Maurizio. Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense”. In *Raccolta di saggi sulla giurisprudenza*. Il Foro italiano. Roma: Società editrice del Foro Italiano, 1969, p. 723-738).

A seu turno, Melvin EISENBERG (*The Nature of the Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 131) assinala que a principal justificativa para a irretroatividade do *overruling* é a proteção da “confiança justificável” (*the major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance*”), o que implica dizer que a incidência da *prospective overruling* dependerá de se evidenciar que a credibilidade do precedente não estava abalada (por advertências jurisprudenciais e doutrinárias), de modo a não tornar previsível a sua revogação.”²⁵

O STF já proferiu decisão no mesmo sentido:

“Os preceitos constitucionais relativos à aplicação retroativa da norma penal benéfica, bem como à irretroatividade da norma mais grave ao acusado, *ex vi* do artigo 5º, XL, da Constituição Federal, são inaplicáveis aos precedentes jurisprudenciais. Precedentes: HC 75.793, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 31/3/2008; ADC 43- MC, Tribunal Pleno, Redator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, DJe de 7/3/2018”.²⁶

Posteriormente, no entanto, o STJ admitiu a revisão criminal para aplicar retroativamente entendimento jurisprudencial benigno em situações de grande relevância, como a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal:

25. REsp 1.073.426/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 10/04/2015.

26. HC 161.452 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/03/2020.

“1. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante. Precedente.

2. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

3. A partir da solução da quaestio, verifica-se oscilação na jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Destarte, a maioria dos julgadores desta Seção passou a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

4. Assim, embora não tenha havido necessariamente alteração jurisprudencial, e sim mudança de direcionamento, ainda que não pacífica, a respeito do tema, a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação de entendimento desta Corte mais benigno e atual aos recorrentes, mormente quando a maioria dos julgadores desta Terceira Seção se posicionam no sentido da pretensão recursal.

5. No caso, assentado pelo Tribunal de origem que os recorrentes são primários, possuem bons antecedentes e, inexistindo provas de que integrem organização criminosa ou mesmo dedicação à atividade delitiva, deve ser mantida a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração adotada pelas instâncias ordinárias – 1/2, restando totalizadas as reprimendas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto. As penas privativas de liberdade permanecem substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos como determinado pelo Tribunal a quo.”²⁷

PAULO QUEIROZ, com base nas lições de **ODONE SANGUINÉ**, sustenta tese diversa, entendendo a proibição da retroatividade às alterações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu. Pelas mesmas razões, alterações da jurisprudência que favoreçam o réu devem retroagir, de sorte a admitir revisão criminal, inclusive²⁸.

Nessa linha de raciocínio, os condenados por crime de roubo majorado pela utilização de arma de brinquedo poderiam ajuizar revisão criminal em decorrência do

27. RvCr 5.627/DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 13/10/2021.

28. Ob. cit., p. 107.

cancelamento da Súmula nº 174 do STJ. Seria o caso da retroatividade do entendimento jurisprudencial benéfico.

Independentemente da corrente que se adota, cremos que não se pode negar a possibilidade de retroatividade (benéfica) da jurisprudência quando dotada de efeito vinculante (presente nas súmulas vinculantes e decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade²⁹).

Tem despertado alguma controvérsia a extensão dos efeitos da súmula vinculante 24 a fatos cometidos antes de sua edição.

De acordo com a súmula, “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Há quem sustente sua irretroatividade, pois, tratando-se de medida que retira a tipificação do momento da conduta e a transfere para o momento da inscrição definitiva do tributo, provoca consequência direta no início do cômputo da prescrição, que, evidentemente, não pode correr se ainda não há crime tipificado. É o que sustenta **Hugo de Brito Machado**:

“Com apoio no que foi aqui exposto, podemos firmar as seguintes conclusões:

29. No julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, no qual o STF chegou a admitir a execução provisória da pena, um dos pedidos versava sobre a modulação dos efeitos da decisão que permitisse esta forma de execução. Para os requerentes, o fato de o STF modificar a orientação antes adotada (de que era vedada a prisão decorrente de condenação não transitada em julgado), fazendo retroagir o entendimento a fatos cometidos antes de proferida a decisão, infringia os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança dos jurisdicionados, além de desrespeitar o preceito constitucional relativo à irretroatividade da lei penal, neste ponto argumentando que a jurisprudência penal mais grave deve obediência à mesma limitação temporal imposta à lei penal. A pretensão, no entanto, não foi atendida, considerando, primeiramente, que não se trata de norma penal, mas de norma processual, sujeita à incidência imediata de acordo com o princípio *tempus regit actum* (art. 2º do CPP). Além disso, não seria possível considerar a decisão contrária à segurança jurídica e tampouco à boa-fé ou à confiança dos jurisdicionados, pois não se tratava de julgamento em que o tribunal modificava o entendimento a respeito de direito material, sobre atos praticados pelos jurisdicionados, passando a considerar ilícito o que antes havia concluído ser lícito. O que se julgou foi a admissibilidade de que, uma vez finalizadas as instâncias ordinárias, se iniciasse imediatamente o cumprimento da pena. Considerar que a retroatividade da decisão caracterizava quebra da segurança jurídica ou contrariedade à boa-fé conduziria a ao menos três absurdos: 1) de não poder ser modificada a perspectiva de alguém que cometesse um crime apostando que poderia permanecer impune indefinidamente; 2) de considerar titular de boa-fé um criminoso que aposta na ineficiência do sistema penal; 3) de considerar que segurança jurídica pode se prestar a guarnecer essa espécie de manobra. No mais, destacou o Min. Luís Roberto Barroso que “a modulação dos efeitos temporais de uma decisão do STF pressupõe a ponderação entre o dispositivo constitucional violado e os valores segurança jurídica, proteção da confiança legítima e da boa-fé do administrado. Não há como sustentar, contudo, que a segurança jurídica dos réus foi violada porque, se tivessem sabido que seriam presos após decisão de segundo grau, não teriam cometido seus ilícitos ou teriam se defendido no processo de forma diversa. Tampouco se pode afirmar que a afronta a esses princípios estaria no fato de que o réu tinha depositado sua confiança na inefetividade do sistema penal à época em que escolheu se apropriar do dinheiro público, matar, roubar ou e que, portanto, tem direito a que tal sistema permaneça inefetivo”.

1ª) O prazo de prescrição da ação penal, relativa ao crime previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, antes do trânsito em julgado da sentença, é de 12 anos e começa a fluir no dia em que o crime se consumou, que nos termos da Súmula Vinculante nº 24 é a data do lançamento definitivo do tributo.

2ª) A regra consubstanciada na Súmula Vinculante nº 24 não produz os efeitos peculiares a essa espécie normativa, para o passado, de sorte que em relação aos crimes de supressão ou redução de tributo, nos quais a conduta do autor consumou-se antes dela, a prescrição começou a correr independentemente do lançamento definitivo do tributo a que se refiram.

3ª) A Súmula Vinculante nº 24 também não pode retroagir para adiar o início do prazo de prescrição, validando em prejuízo do réu a denúncia por crime contra a ordem tributária, porque a retroatividade em prejuízo do réu está expressamente vedada pela Constituição Federal.

4ª) Mesmo que se tenha dúvida a respeito da questão de saber se em relação aos ilícitos tributários praticados antes do advento da Súmula Vinculante 24 a prescrição da ação penal começa na data em que esteja consumado o ilícito, ou na data do lançamento definitivo do tributo, essa dúvida deve ser resolvida a favor do réu, vale dizer, na dúvida devemos considerar que se consumou a prescrição”.³⁰

O STJ chegou a proferir decisões segundo as quais fatos ocorridos muito anteriormente à edição da súmula não poderiam sofrer seus efeitos, sob pena de fomentar a insegurança jurídica:

“1. Deve ser mantida a decisão agravada, que considerou como marco inicial da prescrição da pretensão punitiva estatal a data do fato (1998), e não a do lançamento definitivo do tributo, visto que, à época, muito anterior ao *leading case* sobre a matéria e ao enunciado da Súmula Vinculante n. 24 do STF, o exaurimento da via administrativa não obstava a tipificação do crime tributário que somente mais de uma década depois foi erigido a delito material, cuja consumação pressupõe a efetiva lesão ao erário. 2. Agravamento regimental não provido”.³¹

Ocorre que a Terceira Seção do tribunal, julgando embargos de divergência opostos no mesmo recurso especial, firmou a orientação de que a súmula vinculante 24 se aplica a fatos ocorridos antes de sua edição, tendo em vista que não se trata de retroatividade maléfica, mas tão somente de consolidação da orientação que o STF já vinha impondo nos julgamentos relativos a crimes materiais contra a ordem tributária:

30. A irretroatividade da súmula vinculante 24 e a prescrição impeditiva da ação penal. Disponível em <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/download/870/847>.

31. AgRg no AREsp 85.777/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 17/11/2016.

“Assim, o delito imputado ao embargado (art. 1º da Lei n. 8.137/1990) somente se consuma, segundo a pacífica jurisprudência, com o lançamento definitivo do crédito tributário, momento em que nasce a justa causa para a ação penal. Desse modo, é inevitável concluir que o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva somente pode ter início com a própria constituição definitiva do crédito, após o encerramento do processo administrativo de lançamento previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, conforme inclusive prevê o art. 111, I, do Código Penal. Convém rememorar por fim, que a Súmula Vinculante n. 24/STF, aprovada na sessão plenária de 02/12/2009 (DJ de 11/12/2009), não trouxe novos contornos para a questão, uma vez que referido enunciado nada mais fez do que consolidar o entendimento jurisprudencial que já era aplicado tanto no âmbito do STF como do col. STJ, razão pela qual não se pode falar em indevida aplicação retroativa do referido texto sumular.”

5.2. Retroatividade da lei penal no caso de norma penal em branco

Na hipótese de norma penal em branco, havendo alteração de conteúdo, alteram-se as respectivas normas complementares, surgindo a questão se, em relação a essas alterações, deve incidir (ou não) as regras da retroatividade. Sobre o assunto, temos quatro correntes:

1ª Corrente: PAULO JOSÉ DA COSTA JR³². Ensina que a alteração do complemento da norma penal em branco **deve sempre retroagir, desde que mais benéfica para o acusado**, tendo em vista o mandamento constitucional (a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores) e o direito de liberdade do cidadão.

2ª Corrente: em sentido contrário, FREDERICO MARQUES³³ entende que a alteração da norma complementadora, mesmo que benéfica, **terá efeitos irretroativos**, por não admitir a revogação das normas em consequência da revogação de seus complementos.

3ª Corrente: MIRABETE³⁴, por sua vez, ensina que **só tem importância a variação da norma complementar na aplicação retroativa da lei penal em branco quando esta provoca uma real modificação da figura abstrata do direito penal**, e não quando importe a mera modificação de circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma penal.

4ª Corrente: por fim, ALBERTO SILVA FRANCO³⁵ (seguido pelo STF³⁶) leciona que **a alteração de um complemento de uma norma penal em branco homogênea sempre teria efeitos retroativos**, vez que a norma complementar, como lei ordinária que é,

32. *Curso de Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 37.

33. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 71.

34. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 23ªed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 53.

35. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte Geral. Tomo I. v.1. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 36.

36. Cf. STF – Primeira Turma – HC 73168 – Rel. Min. Moreira Alves – DJ 15/03/1995 e STF – Segunda Turma – HC 68904 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 03/04/1992.

também foi submetida a rigoroso e demorado processo legislativo. A situação, contudo, se inverte quando se tratar de norma penal em branco heterogênea. Neste caso, a situação se modifica para comportar duas soluções. **Quando a legislação complementar não se reveste de excepcionalidade**, como é caso das portarias sanitárias estabelecedoras das moléstias cuja notificação é compulsória, **pela sua característica, se revogada ou modificada, poderá conduzir também à descriminalização**. Já na **legislação complementar de caráter excepcional**, como no caso das portarias de ordem econômica (tabelamento de preços), **pela sua característica, se revogada ou modificada, não conduz à descriminalização**.

Vejamos as várias correntes no quadro abaixo, observando suas lições diante de três casos de normas penais em branco:

Ex. 1) Art. 237 do CP – *Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta* (**norma penal em branco homogênea**, não se revestindo sua legislação complementar de excepcionalidade).

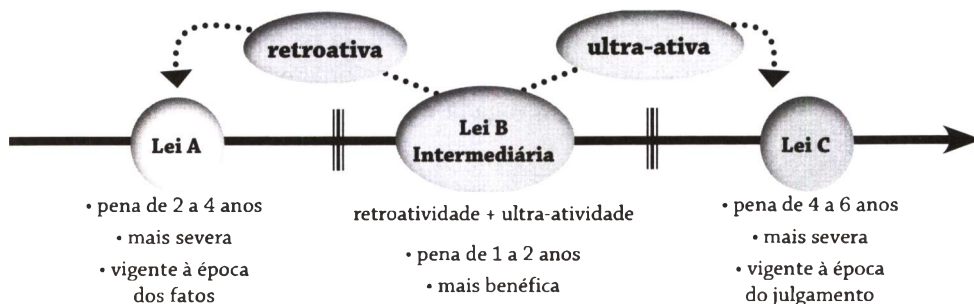
Ex. 2) Art. 33 da Lei de Drogas – *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar* (**norma penal em branco heterogênea**, não se revestindo sua legislação complementar de excepcionalidade).

Ex. 3) Art. 2º da Lei 1.521/51 – *São crimes contra a economia popular: [...] VI – transgredir tabelas oficiais de gêneros de mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado...* (**norma penal em branco heterogênea**, revestindo-se sua legislação complementar de excepcionalidade).

	Art. 237 do CP	Art. 33 da Lei de Drogas	Art. 2º da Lei nº 1.521/51
1ª Corrente	se a alteração for benéfica, retroage	se a alteração for benéfica, retroage	se a alteração for benéfica, retroage
2ª Corrente	mesmo que a alteração seja benéfica, não retroage	mesmo que a alteração seja benéfica, não retroage	mesmo que a alteração seja benéfica, não retroage
3ª Corrente	havendo real modificação da figura abstrata, retroage	havendo real modificação da figura abstrata, retroage	não havendo real modificação da figura abstrata, não retroage
4ª Corrente	tratando-se de alteração benéfica de norma penal em branco homogênea, retroage	não se revestindo de excepcionalidade, retroage	revestindo-se de excepcionalidade, não retroage

5.3. Lei intermediária

A lei intermediária (ou intermédia) é aquela que deverá ser aplicada porque benéfica ao réu, muito embora não fosse a lei vigente ao tempo do fato, tampouco seja a lei vigente no momento do julgamento.



É possível notar que a lei penal intermediária é dotada de duplo efeito, possuindo a retroatividade em relação ao tempo da ação ou omissão e ultra-atividade em relação ao tempo do julgamento.

A aplicação da lei intermediária já foi decidida pelo **STF**, que assim entendeu:

“Lei penal no tempo: incidência da norma intermediária mais favorável. Dada a garantia constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, é consensual na doutrina que prevalece a norma mais favorável, que tenha tido vigência entre a data do fato e a da sentença: o contrário implicaria retroação da lei nova, mais severa, de modo a afastar a incidência da lei intermediária, cuja prevalência, sobre a do tempo do fato, o princípio da retroatividade *in mellius* já determinara.”³⁷

37. STF – Primeira Turma – RE 418876 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 04/06/2004.

Capítulo VII

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO ESPAÇO

Sumário • 1. Princípios aplicáveis e territorialidade; 2. Lugar do crime; 3. Extraterritorialidade; 4. Pena cumprida no estrangeiro.

1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS E TERRITORIALIDADE

Sabendo que um fato punível pode, eventualmente, atingir os interesses de dois ou mais Estados igualmente soberanos, gerando, nesses casos, um conflito internacional de jurisdição, o estudo da lei penal no espaço visa apurar as fronteiras de atuação da lei penal nacional.

Nas possíveis colisões, seis princípios sugerem a solução:

(A) Princípio da territorialidade: aplica-se a lei penal do local do crime, não importando a nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico.

(B) Princípio da nacionalidade ou personalidade ativa: aplica-se a lei do país a que pertence o agente, pouco importando o local do crime, a nacionalidade da vítima ou do bem jurídico violado.

(C) Princípio da nacionalidade ou personalidade passiva: aplica-se a lei penal da nacionalidade do ofendido¹.

(D) Princípio da defesa ou real: aplica-se a lei penal da nacionalidade do bem jurídico lesado (ou colocado em perigo), não importando o local da infração penal ou a nacionalidade do sujeito ativo.

(E) Princípio da justiça penal universal ou da justiça cosmopolita: o agente fica sujeito à lei do país onde for encontrado, não importando a sua nacionalidade, do bem jurídico lesado ou do local do crime. Esse princípio está normalmente presente nos tratados internacionais de cooperação de repressão a determinados delitos de alcance transnacional.

(F) Princípio da representação, do pavilhão, da substituição ou da bandeira: a lei penal nacional aplica-se aos crimes cometidos em aeronaves e embarcações privadas, quando praticados no estrangeiro e aí não sejam julgados.

1. Temos doutrina lecionando que o princípio da nacionalidade passiva exige, para a aplicação da lei nacional, que o agente ofenda bem jurídico de seu próprio Estado ou de um concidadão (brasileiro contra brasileiro), não importando o local do delito. Considerar apenas a nacionalidade da vítima é circunstância abrangida pelo próximo princípio (da defesa ou real).

Como regra básica, de acordo com o art. 5º, *caput*, do CP, *aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional*. Nosso ordenamento jurídico adotou, portanto, para crimes cometidos no nosso país, a **territorialidade**, que, no entanto, não é absoluta, comportando exceções previstas em convenções, tratados e regras de direito internacional (**territorialidade temperada**).

Por conta desta mitigação à territorialidade, permite-se a aplicação de lei estrangeira a fato praticado em território brasileiro, fenômeno conhecido como **intraterritorialidade**, **presente**, por exemplo, na imunidade diplomática. Este fenômeno (intraterritorialidade), contudo, não se confunde com a **extraterritorialidade**, adotada pelo Código Penal no seu art. 7º, hipótese em que a lei penal brasileira alcança condutas praticadas no estrangeiro, tendo como fundamento os demais princípios acima explicados.

Em resumo, temos:

	Princípio da territorialidade	Princípio da extraterritorialidade	Princípio da intraterritorialidade
Local do crime	Brasil	País estrangeiro	Brasil
Lei a ser aplicada	Brasileira	Brasileira	Estrangeira*
* Na intraterritorialidade, o fato criminoso, apesar de praticado no Brasil, será punido de acordo com a lei estrangeira aplicada pelo seu juiz criminal. Diversamente do que ocorre no Direito Civil, em nenhuma hipótese o juiz criminal brasileiro aplica legislação penal estrangeira.			

Fixada a premissa de que a lei penal pátria se aplica, em regra, ao fato praticado no Brasil, é imprescindível definir “território nacional”, fronteira de atuação da lei penal brasileira.

Entende-se por **território nacional** a soma do **espaço físico** (ou geográfico) com o **espaço jurídico** (espaço físico por ficção, por equiparação, por extensão ou território flutuante).

Por **território físico** entende-se o espaço terrestre, marítimo ou aéreo, sujeito à soberania do Estado (solo, rios, lagos, mares interiores, baías, faixa do mar exterior ao longo da costa – 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continente e insular² – e espaço aéreo correspondente³).

O mar territorial é aquele sobre o qual o Brasil exerce absoluta soberania. Mas há também a denominada *Zona Econômica Exclusiva (ZEE)*, estabelecida pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), que compreende uma faixa que se

2. Artigo 1º da Lei nº 8.617/93.

3. Nos termos do Código Brasileiro de Aeronáutica, artigo 11, “O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial”. O espaço aéreo é a dimensão estatal da altitude e corresponde à camada atmosférica que cobre o território brasileiro.

estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial. Trata-se de área em que o Brasil tem direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vistas à exploração e ao aproveitamento da zona para fins econômicos (arts. 6º e 7º da Lei 8.617/93). Não se trata de território físico brasileiro, razão pela qual não se aplica a lei penal brasileira com fundamento no princípio da territorialidade. Nada impede, contudo, a aplicação do princípio da extraterritorialidade (incondicionada ou condicionada, conforme o caso) para a incidência da lei penal sobre determinados fatos eventualmente ocorridos nesta área.

Seguem abaixo, em resumo, alguns conceitos sobre o tema:

Mar territorial	Compreende as 12 milhas marítimas a partir da linha de baixa-mar do mar continental e insular brasileiro, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo Brasil (Lei 8.617/93 – art. 1º).	
Zona contígua	Das 12 às 24 milhas marítimas);	Contadas a partir da linha de base que serve para medir a largura do mar territorial.
Zona de exploração econômica exclusiva	Das 12 às 200 milhas marítimas);	
Plataforma continental	É o prolongamento natural do território terrestre, leito ou subsolo, até o bordo exterior da margem continental, ou até 200 milhas marítimas da linha base (mar territorial).	
Faixa de fronteira	É a faixa de até 150 km de largura, ao longo das fronteiras terrestres.	
Terrenos de marinha	São todos os que, banhados pelas águas do mar, ou os rios navegáveis, vão até a distância de 33 metros para a parte de terra.	
Acrescidos	São todos os terrenos que, natural ou artificialmente, se formam além das linhas do preamar médio, para a parte do mar ou das águas dos rios.	

Para os efeitos penais, consideram-se como **extensão do território nacional** as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as embarcações e as aeronaves brasileiras (matriculadas no Brasil), mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, em alto-mar⁴ ou no espaço aéreo correspondente (art. 5º, § 1º, CP).

É também aplicável a lei brasileira aos crimes cometidos a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil (art. 5º, § 2º, CP).

4. A noção de liberdade do alto-mar é dada pelo artigo 87 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Do exposto, extraímos as seguintes conclusões:

(A) Quando os navios ou aeronaves brasileiros forem públicos ou estiverem a serviço do governo brasileiro, quer se encontrem em território nacional ou estrangeiro, são considerados parte do nosso território;

(B) Se os navios ou aeronaves forem privados, quando em alto-mar ou espaço aéreo correspondente, seguem a lei da bandeira que ostentam⁵;

(C) Quanto aos navios e aeronaves estrangeiros, em território brasileiro, desde que privados, são considerados parte de nosso território.

Embarcações e aeronaves	Será aplicada a lei brasileira
Públicas ou a serviço do governo brasileiro	quer se encontrem em território nacional ou estrangeiro, em alto-mar ou espaço aéreo correspondente.
Mercantes ou particulares brasileiras	se estiverem em território nacional, em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente.
Estrangeiras	apenas quando privadas em território brasileiro.

☒ **Embaixada é extensão do território que representa?**

É importante observar que o Código Penal não trouxe qualquer regra específica atinente às **embaixadas**, motivo pelo qual se conclui que elas, embora sejam invioláveis⁶, **não** constituem extensão do território do país que representam. Assim, a título de exemplo, a embaixada norte-americana no Brasil é território brasileiro e ao crime nela praticado será aplicada a lei penal brasileira – salvo a incidência de convenção, tratado ou regra de direito internacional.

☒ **Aplica-se a lei brasileira ao crime cometido a bordo de embarcação privada estrangeira de passagem pelo mar territorial brasileiro?**

A Lei nº 8.617/93⁷ regula o **direito de passagem inocente**. Para que seja reconhecido esse direito, o navio privado deve utilizar o mar territorial brasileiro somente como

- Com base nessa premissa, o conhecido “**navio abortador**” gerou grande polêmica num passado recente. A discussão girava em torno da possibilidade de incidência da lei penal pátria sobre as mulheres brasileiras que acederam ao convite para que, em embarcação matriculada na Holanda, ancorada em alto-mar, praticassem o aborto. No caso específico, concluiu-se pela não incidência da lei pátria. Sabendo que no ordenamento penal holandês a manobra abortiva assistida por médico é lícita e permitida, o fato não é punido.
- A inviolabilidade das embaixadas decorre da Convenção de Viena de 1965, segundo a qual “Os locais da Missão são invioláveis. Os Agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão” (art. 22, 1, Dec. nº 56.435/65).
- Lei nº 8.617/93. Art. 3º *É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro. § 1º A passagem será considerada inocente desde que não*

caminho (passagem) para seu destino, sem pretensão de atracar no nosso território. Nesse caso, ocorrendo crime a bordo da embarcação, não se aplicará a lei brasileira, desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo a passagem ser contínua e rápida.

No caso de aeronaves, há disposições internacionais que tratam da passagem inocente. O artigo 5º da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago em 7 de dezembro de 1944 e promulgada no Brasil pelo Decreto 21.713/46, dispõe, sobre o direito de voos não regulares, que as aeronaves estrangeiras que não se dediquem a serviços aéreos internacionais regulares têm o direito de voar e transitar (sem fazer escala) sobre determinado território, e a fazer escalas para fins não comerciais sem necessidade de obter licença prévia.⁸

Há também a Convenção sobre infrações e outros atos cometidos a bordo de aeronaves, assinada em Tóquio em 14 de setembro de 1963 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto-lei 479/69. Dispõe o acordo, em seu artigo 4, que o Estado contratante que não seja o de registro da aeronave não pode perturbar seu voo a fim de exercer competência penal, a não ser nos casos em que: a) a infração produza efeitos no território desse Estado; b) a infração tenha sido cometida por ou contra um nacional desse Estado ou uma pessoa que nele tenha a sua residência permanente; c) a infração afete a segurança desse Estado; d) a infração constitua uma violação dos regulamentos relativos a voos ou manobras de aeronaves vigentes nesse Estado; e) seja necessário exercer a jurisdição para cumprir as obrigações desse Estado em virtude de um acordo internacional multilateral.

2. LUGAR DO CRIME

Como estudado, o art. 5º do CP determina que seja aplicada a lei brasileira ao crime *praticado* no território nacional. No entanto, da mesma forma que uma infração penal pode se fracionar em **tempos diversos**, é possível que ela se desenvolva em **lugares diversos**, percorrendo, inclusive, territórios de dois ou mais países igualmente soberanos. Imaginemos, por exemplo, uma bomba fabricada no Brasil e enviada para explodir e matar vítima que se encontra em país vizinho. Esse crime foi praticado no Brasil (devendo sofrer os consectários da lei nacional) ou no país vizinho (aplicando-se a lei estrangeira)?

A solução para esse conflito nos é dada pelo artigo 6º do Código Penal: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”.

seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida. § 2º A passagem inocente poderá compreender o parar e o fundear, mas apenas na medida em que tais procedimentos constituam incidentes comuns de navegação ou sejam impostos por motivos de força ou por dificuldade grave, ou tenham por fim prestar auxílio a pessoas a navios ou aeronaves em perigo ou em dificuldade grave.

8. O Estado que exerce soberania sobre determinado território pode, por razões de segurança da navegação aérea, exigir que as aeronaves que desejam sobrevoar regiões inacessíveis ou que não contam com as facilidades adequadas para a navegação aérea sigam rotas determinadas ou obtenham licenças especiais para esses voos.

Adotou-se, quanto ao lugar do crime (*locus commissi delicti*) a **teoria da ubiquidade, híbrida ou mista**⁹. Logo, sempre que por força do critério da ubiquidade o fato se deva considerar praticado **tanto no território brasileiro como no estrangeiro**, será aplicável a lei brasileira¹⁰.

Nesse tanto, não podemos confundir os crimes à distância com os crimes em trânsito e crimes plurilocais. Vejamos:

Crimes à distância (ou de espaço máximo)	Crimes em trânsito	Crimes plurilocais
O crime percorre territórios de dois Estados soberanos (Brasil e Argentina, por exemplo)	O crime percorre territórios de mais de dois países soberanos (Brasil, Argentina e Uruguai, por exemplo)	O crime percorre dois ou mais territórios do mesmo país soberano (comarcas de São Paulo, São Bernardo e Guarulhos)
Gera conflito internacional de jurisdição (qual país aplicará sua lei?).	Gera conflito internacional de jurisdição (qual país aplicará sua lei?).	Gera conflito interno de competência (qual comarca aplicará a lei do país?).
Aplica-se o art. 6º do CP	Aplica-se o art. 6º do CP	Aplica-se, em regra, o art. 70 do CPP.

3. EXTRATERRITORIALIDADE

Vimos que o critério geral adotado pelo nosso ordenamento penal é o de que a lei penal brasileira, *sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional*, vale dentro do território nacional (físico e jurídico). No entanto, em casos excepcionais, a nossa lei poderá extrapolar os limites do território, alcançando crimes cometidos **exclusivamente no estrangeiro**, fenômeno da extraterritorialidade. O Código Penal, no art. 7º, incs. I e II e § 3º, anuncia quais **crimes**¹¹ ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I – os crimes: a) contra a vida¹² ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do

9. Outras duas teorias buscam explicar o lugar do crime. São elas a **teoria da atividade**, considerando lugar do crime aquele em que o agente desenvolveu a atividade criminosa, e a **teoria do resultado**, do efeito ou do evento, segundo a qual lugar do crime é o lugar da ocorrência do resultado.
10. Nota-se que a conduta e o resultado são desvalorados pelo legislador. Se no Brasil ocorre somente o **planejamento** e/ou a **preparação do crime**, o fato, em regra, não interessará ao direito brasileiro, salvo quando a preparação caracterizar, por si só, crime (por exemplo, delito de associação criminosa – anterior quadrilha ou bando). Somente após o início da execução o comportamento do agente adquire conotação e importância penal.
11. É inaplicável o princípio da extraterritorialidade nas **contravenções penais** (art. 2º, LCP).
12. Por não se tratar de crime contra a vida, mas contra o patrimônio, o latrocínio não está abrangido pelo inciso I.

Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio¹³, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II – os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiros¹⁴; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercante ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 3º. A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (...).

Dependendo da hipótese, a extraterritorialidade será incondicionada, condicionada ou hipercondicionada. Vejamos.

(A) A extraterritorialidade **incondicionada** está prevista no artigo 7º, §1º, do Código Penal, alcançando os crimes descritos no art. 7º, inc. I. Nesses casos, a lei brasileira, para ser aplicada, não depende do preenchimento de qualquer requisito. Conforme o dispositivo, verificada a infração penal, aplica-se a lei brasileira, não importando se o autor foi *absolvido ou condenado no estrangeiro*. Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, esta modalidade de extraterritorialidade é inconstitucional diante da absoluta impossibilidade de alguém se ver processado duas vezes pelo mesmo fato. Por isso, ainda que a lei assim não considere, a extraterritorialidade será sempre subordinada à condição de que o agente não tenha sido processado (condenado ou absolvido) no exterior¹⁵.

(B) A extraterritorialidade **condicionada** alcança os crimes trazidos pelo inc. II. Nesses casos, para que a nossa lei possa ser aplicada, faz-se necessário o concurso das seguintes condições (art. 7º, §2º, CP):

(i) **entrar o agente no território nacional:** não se exige a permanência do agente, apenas o seu ingresso no território nacional, considerado na sua dimensão física ou jurídica.

(ii) **ser o fato punível também no país em que foi praticado:** este requisito tem natureza de **condição objetiva de punibilidade**, de modo que a sua ausência não impede o processo, porém a sua ausência por ocasião do julgamento gera a improcedência da ação penal.

13. Em relação ao crime de genocídio, anote-se a competência (subsidiária) do Tribunal Penal Internacional, ao qual aderimos expressamente por força do art. 5º, §4º, CF/88 (incluído pela E.C nº 45/2004) e introduzido no nosso ordenamento jurídico através do Dec. nº 4.388/2002.

14. Como bem observa Víctor Gabriel Rodríguez: “Uma contrapartida necessária à vedação de extradição do cidadão brasileiro. Caso não existisse essa hipótese de extraterritorialidade, o cidadão que cometesse delito no estrangeiro e regressasse a território nacional teria sacramentada a sua impunidade” (Ob. cit. p. 94).

15. *Código Penal Comentado*. Ob. cit., p. 68. A interpretação de Nucci é reforçada pela decisão proferida pelo STF no HC 171.118/SP, como veremos no item 4.

(iii) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição: temos aqui uma perfeita coincidência entre os crimes pelos quais o Brasil autoriza a extradição e aqueles em que o Brasil aplica a sua lei quando cometidos no estrangeiro (em apertada síntese, os crimes têm de ser punidos com prisão igual ou superior a 2 (dois) anos – art. 82, inciso IV, da Lei 13.445/17 – Lei de Migração).

(iv) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena¹⁶.

(v) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

O ponto “i” tem natureza de **condição de procedibilidade** (imprescindível para o início da ação penal), enquanto os demais (pontos “ii”, “iii”, “iv” e “v”), **condições objetivas de punibilidade** (sem as quais não se impõe pena).

(C) A extraterritorialidade **hipercondicionada** está positivada no artigo 7º, §3º, do Código Penal. Ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, além das condições previstas no §2º, para a aplicação da lei brasileira é preciso observar ainda:

(i) não ter sido pedida ou ter sido negada a extradição;

(ii) ter havido requisição do Ministro da Justiça.

Para fundamentar a extraterritorialidade nas várias hipóteses acima elencadas, o nosso ordenamento adotou, excepcionalmente, os seguintes princípios:

Dispositivos	Princípio	Extraterritorialidade
Art. 7º, I, a, b, c	Princípio da defesa	Incondicionada
Art. 7º, I, d	Princípio da justiça universal*	Incondicionada
Art. 7º, II, a	Princípio da justiça universal	Condicionada
Art. 7º, II, b	Princípio da nacionalidade ativa	Condicionada
Art. 7º, II, c	Princípio da representação*	Condicionada
Art. 7º, § 3º	Princípio da nacionalidade passiva*	Hipercondicionada
*. A doutrina diverge sobre qual princípio adotado pelo art. 7º, I, “d” (“crime de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil”). Apesar de prevalecer da justiça universal, temos corrente lecionando tratar-se do princípio da defesa (ou real) (Fragoso, ob. cit., p. 141); para outros, da personalidade ou nacionalidade ativa (MASSON, Cléber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 132).		

Verificado um crime cometido no estrangeiro, identificando a necessidade de extraterritorialidade da nossa lei, em qualquer das suas espécies, é preciso apontar o órgão

16. Deve ser alertado que, se um brasileiro, autor de crime no estrangeiro, entrar no nosso território, não será, em regra extraditado (havendo exceções no caso do naturalizado). Contudo, sendo processado e condenado no estrangeiro, pode ser transferida para o Brasil a execução da pena. É o que dispõe os arts. 100 e ss da Lei de Migração.

jurisdicional competente para a aplicação da lei penal brasileira, bem como o território para o processo e julgamento. Imaginemos que CAIO, brasileiro residente no estrangeiro, mata, dolosamente, um cidadão.

☑ **CAIO, autor de homicídio executado no estrangeiro, foge e retorna ao território brasileiro antes do fim das investigações. A lei brasileira alcança este fato?**

Trata-se de crime praticado por brasileiro, hipótese que se ajusta ao art. 7º, II, “b”, do CP, despertando a extraterritorialidade condicionada (§2º). O agente retornou ao Brasil (**presente a primeira condição**). O homicídio doloso é crime também no estrangeiro (**preenchendo a segunda condição**), incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição (**observando a terceira condição**). CAIO fugiu antes do início do processo, sem notícia de perdão ou causa extintiva da punibilidade (**condições quarta e quinta também presentes**). Conclusão: a lei brasileira vai ser aplicada ao crime de homicídio doloso praticado por CAIO no estrangeiro.

☑ **CAIO será processado e julgado no Brasil pela Justiça Federal ou Estadual?**

De acordo com o STJ, **competete à Justiça Estadual** a aplicação da nossa lei, salvo se, no caso específico, se fizer presente uma das hipóteses constitucionais que atraem a competência da Justiça Federal (art. 109, CF/88). No nosso exemplo, nada justifica o interesse da União. Neste sentido:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL QUE APURA CRIME DE FURTO PERPETRADO POR BRASILEIRO, CONTRA VÍTIMA BRASILEIRA, AMBOS RESIDENTES NO JAPÃO. ITER CRIMINIS INTEGRALMENTE OCORRIDO NO EXTERIOR. REGRESSO DO AGENTE AO PAÍS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Aplica-se a extraterritorialidade prevista no art. 7º, inciso II, alínea b, e § 2º, alínea a, do Código Penal, se o crime foi praticado por brasileiro no estrangeiro e, posteriormente, o agente ingressou em território nacional.¹⁷

Há, todavia, situações em que o STJ considera presente o interesse da União, como, por exemplo, em virtude da negativa de extradição pelo Brasil. No julgamento do RHC 97.535 (j. 01/08/2018), o tribunal invocou precedente da Terceira Seção¹⁸ para estabelecer a competência da Justiça Federal para julgar brasileiro nato autor de homicídio cometido no Paraguai e cuja extradição foi negada diante da vedação constitucional à entrega de nacionais para julgamento em países estrangeiros. De acordo com o julgamento do recurso em *habeas corpus*, incide, no caso, “o Decreto n. 4.975/2004, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Tratado de Extradicação entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados partes do Mercosul, no qual estabelece que, na impossibilidade de

17. CC 115.375/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 29/02/2012.

18. CC 154.656/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 03/05/2018.

extradição do acusado por ser nacional da parte requerida, a obrigação de ‘promover o julgamento do indivíduo’ (art. 11.3, do Tratado de Extradição). A competência da Justiça Federal para processar o feito se extrai da matéria – cooperação internacional, com esteio no art. 109, III, IV e X, da Constituição Federal”. Considerando que compete à União manter relações com estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, é dela a competência para a *persecutio criminis* nas situações em que o crime é praticado por brasileiros no exterior, incide a norma interna, mas não é possível a extradição.

O recorrente interpôs recurso extraordinário no STF, ao qual foi dado provimento para fixar a competência da Justiça Estadual. Em decisão monocrática baseada em precedentes do STF, o ministro Marco Aurélio concluiu que o simples fato de o crime ter sido cometido no exterior e de a extradição ter sido negada não atrai a competência da Justiça Federal, atrelada aos estritos limites impostos pela Constituição Federal:

“A aplicabilidade extraterritorial da lei penal pátria surge indubitosa. Trata-se de crime de homicídio, punível no Paraguai, cujo agente, cidadão brasileiro, não está sujeito à extradição.

O Decreto nº 4.975/2004, por si só, não atrai a competência da Justiça Federal vez que a persecução penal não é fundada no acordo de extradição, mas no Código Penal brasileiro. Ainda, o simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior é neutro para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto não ofende bens, serviço ou interesse da União. No mais, não se questiona a nacionalidade do réu – artigo 109, incisos III, IV, e X, da Constituição Federal.

Atuando no campo monocrático, devo atentar para os precedentes do Tribunal, com os quais o acórdão recorrido mostra-se divergente. No habeas corpus nº 105.461/SP, de minha relatoria, a primeira Turma assentou a competência do Tribunal do Júri estadual, afastando a incidência da mencionada regra constitucional, cuja interpretação há de ser restritiva”.¹⁹

Em decisão posterior, no entanto, a 1ª Turma atribuiu a competência à Justiça Federal:

“1. Em se tratando de cooperação internacional em que o Estado Brasileiro se compromete a promover o julgamento criminal de indivíduo cuja extradição é inviável em função de sua nacionalidade, exsurge o interesse da União, o que atrai a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da ação penal, conforme preceitua o art. 109, III, da Constituição Federal. 2. No caso dos autos, trata-se de imputação da prática dos crimes de homicídio triplamente qualificado, ocultação de cadáver e roubo, praticados por brasileiro em território português. Diante desse cenário, faz-se imperiosa a incidência do art. 5º, 1, da Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua

19. RE 1.175.638/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02/04/2019.

Portuguesa, promulgada pelo Decreto 7.935/2013. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento”.²⁰

☑ Qual a comarca competente para o processo e julgamento de CAIO?

Para identificar em que comarca será o feito processado e julgado, mister se faz recorrer ao artigo 88 do CPP, que dispõe:

“No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República”.

4. PENA CUMPRIDA NO ESTRANGEIRO

É possível que o agente seja processado, julgado e condenado tanto pela lei brasileira como pela estrangeira e que cumpra em outro país total ou parcialmente a pena. Nesse caso, o art. 8º do Código Penal dispõe: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

A redação do artigo permite concluir que dois fatores devem ser considerados: a quantidade e a qualidade das penas. Se da mesma qualidade (duas penas privativas de liberdade, por exemplo), da sanção aplicada no Brasil será abatida a pena cumprida no exterior; se de qualidade diversa (privativa de liberdade e pecuniária), o julgador deverá atenuar a pena aqui imposta considerando a pena lá cumprida. Ex.: alguém é condenado a pena de 8 (oito) anos na França por ter atentado contra a vida do nosso Presidente da República. No Brasil, é também processado e condenado, mas a pena imposta na sentença foi de 20 (vinte) anos. Neste caso, serão abatidos os 8 (oito) anos cumpridos na França, cumprindo o agente, no Brasil, somente 12 (doze) anos.

A doutrina trata o art. 8º como uma clara exceção ao *non bis in idem*. Explicam **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio Molina**:

“Por força do princípio do *ne bis in idem* penal (material) ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo crime. Essa regra, entretanto, não é absoluta. É relativa. A exceção está precisamente na hipótese de extraterritorialidade da lei penal brasileira: nesse caso, pode o país onde se deu o crime condenar o agente e o Brasil também. São duas condenações pelo mesmo fato. Por força do art. 8º do CP, a pena cumprida no estrangeiro deve ser compensada na pena fixada no Brasil”²¹.

Exatamente por contrariar a vedação ao *bis in idem*, o dispositivo teve a eficácia limitada pelo STF. No julgamento do HC 171.118/SP, em 12 de novembro de 2019, o tribunal concluiu que o art. 8º do CP “deve ser lido em conformidade com os preceitos

20. RE 1.270.582 AgR/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31/08/20.

21. Ob. cit. p. 91-2.

convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”.

No caso, um indivíduo havia praticado tráfico de drogas e lavagem de dinheiro por meio de condutas que abarcaram os territórios do Brasil e da Suíça. Foi processado e condenado no país europeu, mas, considerando as disposições do art. 6º do CP, segundo o qual o crime se considera praticado no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (teoria da ubiquidade), foi processado também no Brasil pelos mesmos fatos, situação à qual se aplicaria o disposto no art. 8º.

Baseando-se nas regras do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF concluiu que é vedada a dupla persecução penal em jurisdições de países distintos. O min. Gilmar Mendes destacou que o Código Penal deve ser interpretado em conformidade com os direitos estampados nos tratados internacionais, pois a jurisprudência do tribunal admite o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais devido ao *status* normativo supralegal dos tratados de direitos humanos, que, embora estejam abaixo da Constituição, estão acima das leis:

“A partir de desenvolvimento da jurisprudência deste Tribunal, assentou-se o status normativo supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais. (RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.6.2009)

Portanto, consagrou-se que o controle de convencionalidade pode ser realizado sobre as leis infraconstitucionais. Assim, resta claro que o Código Penal deve ser aplicado em conformidade com os direitos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

[...]

É forçoso concluir, portanto, que o exercício do controle de convencionalidade, tendo por paradigmas os dispositivos do art. 14, n. 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 8, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, determina a vedação à dupla persecução penal, ainda que em jurisdições de países distintos”.

Note-se, contudo, que o tribunal não impôs uma vedação absoluta à dupla persecução, permitida quando o processo tramitado no estrangeiro for considerado injusto ou ilegítimo, privado, em suma, do cumprimento de regras e princípios processuais cogentes. É uma forma de compatibilizar as garantias internacionais com a soberania dos Estados:

“Destaco, por fim, que a vedação à dupla persecução penal em âmbito internacional deve ser ponderada com a soberania dos Estados e com as obrigações processuais positivas impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. (FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais penais positivas. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2019. p. 117 e seguintes).

Em casos de violação de tais deveres de investigação e persecução efetiva, o julgamento em país estrangeiro pode ser considerado ilegítimo, como em precedentes em que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou a reabertura de investigações em processos de Estados que não verificaram devidamente situações de violações de direitos humanos.

Portanto, se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna”.

Para VLADIMIR ARAS, a decisão abre espaço para a adoção de medidas que tornam mais eficiente a prestação jurisdicional envolvendo dois ou mais países. A coordenação de jurisdições pode ser utilizada para, em um primeiro momento, promover investigações conjuntas ou paralelas por meio de forças tarefas entre os órgãos competentes dos dois países. Em seguida, na fase processual, um dos países pode renunciar em favor do outro para que o processo tramite apenas uma vez, o que evita futuras alegações de *bis in idem*. Por fim, a execução da pena pode se valer do instrumento da transferência (que estudaremos no Capítulo IX):

“[...] de pronto pode-se antever que ganha importância a **coordenação de jurisdições** de países distintos, desde a fase inicial da persecução penal até o encerramento da instância penal, sob três formas, isolada ou conjuntamente consideradas.

Na etapa investigatória, há ensejo para investigações conjuntas, por meio de *Joint investigative teams*, ou para investigações paralelas coordenadas entre dois ou mais países. Montar forças tarefas transnacionais, entre órgãos do Ministério Público e da Polícia, reduz o risco de duplicação de esforços sobre os mesmos fatos.

Na etapa processual propriamente dita, surge ocasião para a **transferência de processos penais** (delegação de jurisdição) de um país a outro, em prol da boa administração da Justiça. Um dos países renuncia à persecução penal em proveito de outro, o que naturalmente impede o *bis in idem* internacional.

Na etapa de cumprimento da sentença condenatória, em lugar de pedidos de extradição ou de entrega de indivíduos para execuções penais sucessivas neste e depois naquele país, existe a possibilidade de optar-se pelo julgamento em um só deles. Obtida a condenação, faz-se a transferência da execução penal (*enforcement of foreign judgments*) para o juízo mais conveniente à boa administração da justiça. Esta opção somente se tornou possível para o Brasil em 2016, com a entrada em vigor da Lei de Migração.”²²

22. *Proibição do bis in idem a partir de julgamento no exterior*. Disponível em: [<https://vladimiraras.blog/2019/11/24/proibicao-do-bis-in-idem-a-partir-de-julgamento-no-exterior/>]. Acesso em 05/11/2021.

Capítulo VIII

EFICÁCIA DA LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS

Sumário • 1. Introdução; 2. Imunidades diplomáticas; 3. Imunidades parlamentares; 3.1. Imunidade parlamentar absoluta (*freedom of speech*); 3.2 Imunidade parlamentar relativa; 3.2.1. Relativa ao foro; 3.2.2. Relativa à prisão; 3.2.3. Relativa ao processo; 3.2.4. Relativa à condição de testemunha; 3.3. Imunidades parlamentares e o estado de sítio; 3.4. Imunidades do parlamentar licenciado; 3.5. Imunidades dos deputados estaduais; 3.6. Imunidades dos vereadores; 3.7. Foro por prerrogativa de governadores; 3.8. Foro por prerrogativa de membros do Ministério Público e da Magistratura; 3.9. Foro por prerrogativa de função x Tribunal do Júri.

1. INTRODUÇÃO

A lei penal se aplica a todos, nacionais ou estrangeiros, por igual, não existindo privilégios pessoais (art. 5º, *caput*, e inc. I, da CF/88). Há, no entanto, pessoas que, em virtude das suas funções ou em razão de regras internacionais, gozam de imunidades. Longe de uma garantia pessoal, trata-se de necessária **prerrogativa funcional**, proteção ao cargo ou função desempenhada pelo seu titular.

Não se deve, portanto, confundir privilégio com prerrogativa¹:

PRIVILÉGIO	PRERROGATIVA
Exceção da lei comum deduzida da situação de superioridade das pessoas que a desfrutam	Conjunto de precauções que rodeiam a função e que servem para o exercício desta
É subjetivo e anterior à lei	É objetiva e deriva da lei
Tem uma essência pessoal	Anexo à qualidade do órgão
É poder frente à lei	É conduto para que a lei se cumpra
É próprio das aristocracias das ordens sociais	É próprio das aristocracias das instituições governamentais

Vamos estudar as imunidades **diplomáticas** e **parlamentares** (absoluta e relativa), lembrando que uma análise mais detalhada sobre as demais espécies de imunidades é feita pelo Direito Constitucional.

1. Essa distinção, aliás, fez com que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal conferisse nova interpretação à regra constitucional da prerrogativa de foro para parlamentares, que, como veremos logo adiante (item 3.2.1), passam a ser julgados pela primeira instância, a não ser que se trate de crime cometido no exercício do cargo e em razão dele.

2. IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

A imunidade diplomática é uma prerrogativa de direito público internacional de que desfrutam: **(A)** os chefes de governo ou de Estado estrangeiro e sua família e membros da sua comitiva; **(B)** embaixador e sua família; **(C)** os funcionários do corpo diplomático e família; **(D)** funcionários das organizações internacionais (ex: Organizações das Nações Unidas) quando em serviço.

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, assinada em 1961 e incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 56.435/65, regula a imunidade diplomática. No seu artigo 31,¹² de forma expressa, assegura ao agente diplomático o gozo de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado.

☑ O diplomata não deve obediência à nossa Lei?

Por força da característica da generalidade da lei penal, todos devem obediência ao preceito primário da lei do país em que se encontram. Não é diferente em relação aos agentes diplomáticos que, entretanto, escapam à sua consequência jurídica (punição), permanecendo sob a eficácia da lei penal do Estado a que pertencem³. Trata-se do fenômeno da **intraterritorialidade**, aplicando-se a lei penal estrangeira a fatos cometidos no território brasileiro. Por consequência, se no país de origem o fato não é crime, o agente não será responsabilizado⁴.

O agente diplomático, por disposição expressa, não poderá ser objeto de nenhuma forma de detenção ou prisão (art. 29, Dec. nº 56.435/65). Esta **inviolabilidade** de que é portador estende-se à sua residência particular, seus documentos, correspondências e bens (art. 30, mesmo diploma)⁵.

Para parcela majoritária da doutrina, a imunidade diplomática tem **natureza jurídica** de causa pessoal de isenção de pena, aplicando-se a qualquer crime – e não só aos atos praticados no exercício da função. **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ANTONIO MOLINA**, por sua vez, entendem tratar-se de causa impeditiva de punibilidade, justificando que a

“Topografia correta desse assunto dentro do Direito penal, portanto, é a da punibilidade abstrata (ou seja: é uma questão relacionada com a ameaça de pena). O fato praticado sob imunidade diplomática (que pode ser típico e antijurídico) simplesmente não é punível no Brasil, mesmo que se trata de ataque contra Presidente da

2. Dec. 56.435. Art. 31, 1. *O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa [...].*
3. A presente imunidade, no entanto, não impede a investigação policial.
4. Recorde-se que as embaixadas, embora invioláveis, não configuram extensão do país que representam (cf. item “lei penal no espaço”).
5. Nos termos do artigo 37 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, os membros da família do agente diplomático que com ele convivam gozarão das imunidades estabelecidas, prerrogativa que, em regra, alcança também os membros do pessoal administrativo e técnico do corpo diplomático, além dos seus respectivos familiares.

República do Brasil. É um fato não ameaçado com pena no Brasil (ou seja: não é punível no nosso país)”⁶.

Não se deve confundir o agente diplomático com o agente consular. Os agentes consulares, em razão das suas funções meramente administrativas, **não** desfrutam de imunidade diplomática. A sua imunidade é restrita aos atos de ofício, por isso chamada de **imunidade funcional relativa**⁷. Dentro desse espírito, tratando-se de crime comum (*v.g.* homicídio culposo), são punidos de acordo com a lei brasileira; já no caso de delito funcional, isto é, relacionado diretamente com a função consular (*v.g.* fraude na concessão de passaportes), incide a imunidade, ficando sujeitos à lei do país de origem.

As imunidades têm caráter **irrenunciável**, sendo vedado ao seu destinatário abdicar da sua prerrogativa, já que a mesma é conferida em razão do cargo (e não da pessoa). Não obstante, poderá haver renúncia, desde que expressa, por parte do Estado de origem do agente diplomático (denominado Estado acreditante), nos termos do artigo 32, 1 e 2, do Decreto nº 56.435/65⁸.

3. IMUNIDADES PARLAMENTARES

As imunidades parlamentares encontram previsão na Constituição Federal. Tal e qual as diplomáticas, as imunidades parlamentares não configuram privilégios, mas prerrogativas necessárias ao desempenho independente da atividade parlamentar e à efetividade do Estado Democrático de Direito, marcado pela representatividade dos cidadãos-eleitores. Esclarece **Marcelo Novelino**:

“Os parlamentares possuem um estatuto próprio por um conjunto de normas que estabelecem proibições e prerrogativas voltadas a assegurar a independência do Poder Legislativo (CF, arts. 53 a 56).

Entre as garantias institucionais conferidas a este Poder estão as imunidades, cujo escopo é assegurar a liberdade necessária ao desempenho do mandato. Enquanto prerrogativas do órgão legislativo, e não de ordem subjetiva do congressista, as imunidades são irrenunciáveis”⁹.

As imunidades parlamentares classificam-se em **absolutas e relativas**.

3.1. Imunidade parlamentar absoluta (*freedom of speech*)

Também chamada de imunidade substancial, material, real, inviolabilidade ou **indenidade**, a imunidade parlamentar absoluta está prevista no artigo 53, *caput*, da CF/88,

6. Ob. cit. p. 102.

7. A Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), incorporada ao nosso ordenamento através do Decreto nº 61.078/67, prevê que ainda que o agente consular esteja desempenhando atos diplomáticos, não lhe serão conferidas imunidades diplomáticas (art. 17, 1), possuindo imunidade apenas “*pelos atos realizados no exercício das funções consulares*” (art. 43, 1).

8. A Convenção de Viena sobre as Relações Consulares tem semelhante disposição, vide artigo 45, 1 e 2.

9. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: GEN, 2012, p. 808.

nos seguintes termos: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

Parte da doutrina ensina que a inviolabilidade não exclui apenas a responsabilidade civil e penal, alcançando, também, a administrativa e política.

A natureza jurídica da imunidade absoluta é questão controvertida.

(A) **PONTES DE MIRANDA, NÉLSON HUNGRIA e JOSÉ AFONSO DA SILVA** entendem ser causa excludente de crime¹⁰;

(B) **BASILEU GARCIA** considera a imunidade absoluta causa que se opõe à formação do crime¹¹;

(C) **ANÍBAL BRUNO** considera-a causa pessoal (funcional) de isenção de pena¹²;

(D) **MAGALHÃES NORONHA** entende ser causa de irresponsabilidade;

(E) **JOSÉ FREDERICO MARQUES**, por sua vez, ensina tratar-se de causa de incapacidade pessoal penal por razões políticas;

(F) por fim, para **LUIZ FLÁVIO GOMES** (seguido pelo STF¹³), a imunidade parlamentar absoluta torna o **fato atípico**.

A questão, que parece apresentar importância apenas teórica, reflete diretamente na punibilidade do partícipe, vez que, como conduta acessória, será punível somente quando o fato principal for típico e ilícito (teoria da acessoriedade limitada). Assim, se a indenidade exclui o fato típico ou a ilicitude, impunível será a conduta do partícipe, conclusão repudiada por quem leciona se tratar de causa extintiva da punibilidade.

☒ **Quais os limites da imunidade parlamentar material?**

Deve haver vínculo (**conexão**) entre as palavras e/ou opiniões do parlamentar e o exercício da sua função. Entende a doutrina (seguida pela jurisprudência) que, estando o parlamentar nas dependências do parlamento, presume-se (de modo absoluto) o nexo. Esse elo, porém, não será presumido nos casos em que o parlamentar se encontrar fora das dependências da casa legislativa respectiva, demandando prova.

A jurisprudência do STF é oscilante ao tratar dos limites da imunidade parlamentar material. Já se decidiu, por exemplo, que a imunidade é absoluta em relação às palavras proferidas no interior do parlamento:

10. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 534-535.

11. Ob. cit., p. 249.

12. Ob. cit., p. 250.

13. “O processamento da queixa-crime encontra óbice no inciso III do art. 395 do Código de Processo Penal. Não há justa causa para o exercício da ação penal se o fato increpado ao acusado (detentor de foro por prerrogativa de função) está estreitamente ligado ao exercício do mandato parlamentar, sabido que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (cabeça do art. 53 da CF/88). Torna-se imperioso, portanto, o reconhecimento da manifesta ausência de tipicidade da conduta descrita na inicial acusatória”. (STF – Tribunal Pleno – Inq. 2674 – Rel. Min. Carlos Britto – DJe 26/02/2010).

“A imunidade é absoluta quanto às manifestações proferidas no interior da respectiva casa legislativa. O parlamentar também é imune em relação a manifestações proferidas fora do recinto parlamentar, desde que ligadas ao exercício do mandato. Precedentes. Possível reinterpretação da imunidade material absoluta, tendo em vista a admissão de acusação contra parlamentar em razão de palavras proferidas no recinto da respectiva casa legislativa, mas supostamente dissociadas da atividade parlamentar – PET 5.243 e INQ 3.932, rel. min. Luiz Fux, julgados em 21.6.2016. Caso concreto em que, por qualquer ângulo que se interprete, as declarações estão abrangidas pela imunidade. Declarações proferidas pelo Deputado Federal querelado no Plenário da Câmara dos Deputados. Palavras proferidas por ocasião da prática de ato tipicamente parlamentar – voto acerca da autorização para processo contra a Presidente da República. Conteúdo ligado à atividade parlamentar. 3. Absolvição por atipicidade da conduta”¹⁴.

Se, no entanto, a manifestação extrapola as dependências do parlamento – ainda que nele proferida –, o próprio STF admite o afastamento da imunidade:

“*In casu*, (i) a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que “não estupraria” Deputada Federal porque ela “não merece”; (ii) o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet; (...)

(i) A imunidade parlamentar incide quando as palavras tenham sido proferidas do recinto da Câmara dos Deputados: “Despiciendo, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar” (Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014). (ii) Os atos praticados em local distinto escapam à proteção da imunidade, quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar”¹⁵.

Há decisões posteriores referindo-se novamente à imunidade absoluta sobre palavras proferidas no parlamento:

“1. A imunidade material, consagrada no art. 53 da Constituição da República, tem a sua definição pela opinião exarada, protegendo-se o exercício do mandato parlamentar. Sua razão jurídica é a garantia da independência do congressista. 2. Os atos imputados ao querelado

14. Pet. 6.156/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 28/09/2016.

15. Inq. 3.932/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09/09/2016.

teriam sido praticados dentro do Congresso Nacional. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, quando as declarações do parlamentar são proferidas dentro do Congresso Nacional, a imunidade material incide de forma absoluta. 4. Excludente de ilicitude configurada. 5. Em casos como o presente, no qual as eventuais manifestações ofensivas estão resguardadas pela imunidade material, admite-se que o relator, monocraticamente, rejeite a queixa-crime. 6. Negado provimento ao agravo regimental.”¹⁶

“Segundo a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é absoluta a imunidade parlamentar no que concerne a manifestações feitas no exercício do mandato a partir da tribuna da casa legislativa em que o parlamentar tem assento.”¹⁷

Em outra situação, o STF condenou deputado federal que havia publicado um vídeo ofendendo e ameaçando ministros do tribunal. Argumentou-se que a imunidade não poderia se sustentar, porque a liberdade de expressão não permite que se propaguem discursos que contrariam e ameaçam a própria ordem democrática:

“(…) 4. A liberdade de expressão não permite a propagação de discursos de ódio e ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito. Precedentes. 5. A garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta, não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Precedentes. (...)”¹⁸

Ainda a respeito dos limites da imunidade, não sem razão alerta **MARCELO NOVELINO**:

“Na hipótese de utilização de meios eletrônicos (Orkut, Facebook, Twitter, e-mails...)”¹⁹ para divulgar mensagens ofensivas à honra de alguém, deve haver vinculação com o exercício parlamentar para que seja afastada a responsabilidade, ainda que a mensagem tenha sido gerada dentro do gabinete. Entendimento diverso daria margem ao exercício abusivo desta prerrogativa que, como destacado, é da instituição e não do parlamentar”²⁰.

16. Pet. 7634 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27/09/2019. Embora o acórdão faça referência à exclusão da ilicitude, o julgado não trata especificamente da natureza jurídica da imunidade. O voto da ministra relatora apenas menciona, sem se deter no assunto, a imunidade como exclusão da tipicidade.

17. RE 1.283.533 AgR/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15/09/2021.

18. AP 1044/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 20/04/2022.

19. O STF já rejeitou queixa-crime contra um senador da República que teria enviado, por meio do aplicativo WhatsApp, mensagem na qual tratava um jornalista como “bajulador” após ter sido acusado de incoerência em razão de sua conduta política. Reconheceu-se que manifestações parlamentares veiculadas por meio de redes sociais estão protegidas pela imunidade material quando presente o vínculo com o exercício do mandato (Pet. 6.587/DF, j. 01/08/2017).

20. Ob. cit., p. 810.

O STF também já decidiu nesse sentido:

“Agrav. Penal e processo penal. Queixa-crime por difamação e injúria. Liberdade de expressão e imunidade parlamentar. Necessidade de vinculação com o exercício do mandato. Intuito manifestamente difamatório e injurioso das declarações do querelado. Doutrina e precedentes. Teoria funcional da imunidade parlamentar. Manifestações proferidas nas redes sociais. Provimento do recurso, com o recebimento da queixa-crime.

(...)

Muito embora as expressões consideradas atentatórias à honra do querelado tenham sido divulgadas num contexto político beligerante no Estado de Goiás, é possível constatar, sem maiores dificuldades, que o querelado agiu com excesso, ultrapassando os limites civilizados do debate público, desaguando, ao fim e ao cabo, para ofensas, injúrias e difamações de caráter pessoal. Daí por que, a meu sentir, tais expressões estão completamente desvinculadas do legítimo exercício do mandato parlamentar. Deve-se sublinhar, ademais, que as expressões ofensivas foram publicadas nas redes sociais do parlamentar, não se tratando, portanto, de discurso proferido no âmbito da Casa Legislativa, ao qual a jurisprudência desta Corte empresta uma maior proteção no que concerne à imunidade material. Diante desse panorama, afigura-se cabível, segundo penso, submeter o querelado às consequências decorrentes de sua fala, respondendo à ação penal pela suposta prática dos crimes contra a honra, nos moldes delimitados na peça exordial.”²¹

3.2. Imunidade parlamentar relativa

A imunidade parlamentar relativa, também conhecida como imunidade formal, processual ou adjetiva, encontra previsão no artigo 53, §1º ao §8º, da CF/88.

3.2.1. Relativa ao foro

Nos termos do artigo 53, §1º da CF/88, “*Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal*”. Trata-se de foro por prerrogativa de função, exercido pelo STF²².

Da simples leitura do parágrafo percebe-se que o foro especial se estende da **diplo-mação** (e não da posse) até o **fim do mandato**.

21. Pet 8242 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/05/2022.

22. De acordo com a maioria, o foro especial não se estende ao concorrente sem imunidade, gerando, nessa hipótese, separação de processos, sendo o corréu não imune processado no seu juízo natural. Apesar de ser esse também o entendimento tradicional do STF (Súmula 245), no processo que apurava o mensalão, a Suprema Corte, por maioria de votos, concentrou sob sua competência, em nome da conexão, o julgamento de parlamentares, ex-parlamentares e cidadãos comuns.

Em razão da amplitude que pode ser extraída do texto literal da Constituição, sempre se considerou que todo e qualquer processo criminal a que respondesse o parlamentar deveria ser levado ao Supremo Tribunal Federal a partir da diplomação, ou seja, passavam à jurisdição do tribunal eventuais processos por crimes cometidos antes da diplomação e nela se iniciava qualquer processo por crime cometido após a diplomação e até o fim do mandato parlamentar.

O tribunal, no entanto, por meio de questão de ordem na Ação Penal 937, decidiu que: **1) a prerrogativa de foro se limita aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele; 2) a jurisdição do STF se perpetua caso tenha havido o encerramento da instrução processual – leia-se: intimação das partes para apresentação das derradeiras alegações – antes da extinção do mandato.**

A aplicação literal do dispositivo constitucional causava certos problemas em virtude da mudança de circunstâncias envolvendo o agente processado. Eram frequentes as modificações de foro porque alguém respondia criminalmente em primeira ou em segunda instância, mas, diplomado, passava a desfrutar da prerrogativa de ser julgado pelo STF. Da mesma forma, não eram raras as remessas de processos a instâncias inferiores porque o agente, por algum motivo, perdia a prerrogativa.

Para evitar essas modificações de foro – que não necessariamente decorriam de má-fé –, o STF decidiu que a prerrogativa deve ser limitada aos crimes cometidos no exercício do mandato e em razão dele. Dessa forma, alguém que tenha cometido um crime originariamente de competência da primeira instância deve ser julgado naquele mesmo foro ainda que diplomado parlamentar federal, evitando que a diplomação provoque a remessa do processo ao STF e que, uma vez extinto o mandato, haja nova remessa à instância inferior. Além disso, mesmo um crime cometido no exercício do mandato, mas que não tenha relação com ele, deve ser julgado pela primeira instância. É o caso de um deputado que mata outro nas dependências da Câmara, por exemplo.

No caso julgado pelo STF (AP 937), o agente era acusado de ter cometido crime relativo à compra de votos durante campanha para as eleições municipais de 2008. Com sua eleição para o cargo de prefeito, o processo foi remetido ao Tribunal Regional Eleitoral. Findo o mandato, houve a remessa para a primeira instância da Justiça Eleitoral. Ocorre que, em 2015, o réu tomou posse no cargo de Deputado Federal porque era um dos suplentes de seu partido, o que levou o processo ao STF. Em 2016, afastou-se do cargo de deputado e o reassumiu antes de finalmente renunciar ao mandato parlamentar para assumir o cargo de prefeito, para o qual havia sido eleito nas eleições municipais daquele ano.

Esse caso ilustra bem o problema causado pela aplicação irrestrita da prerrogativa de foro. A ação penal tramitava havia anos, e, devido a várias mudanças de cargos do acusado, sofreu diversas remessas entre foros e não se concluía, elevando o risco de prescrição.

Em seu voto, o min. Luís Roberto Barroso sustentou que o sistema do foro por prerrogativa até então adotado, que admitia toda e qualquer infração penal cometida pelo parlamentar, mesmo antes da investidura no cargo, era altamente disfuncional, impedindo muitas vezes a efetividade da justiça criminal, o que acabava criando situações

de impunidade que contrariavam princípios constitucionais como equidade, moralidade e probidade administrativa, abalando portanto valores republicanos estruturais.

Com essa extensão, o foro por prerrogativa de função não encontra correspondência no direito comparado e nem mesmo no Brasil, cuja ordem constitucional estabelecia, nos primórdios, rol muito pequeno de autoridades julgadas pelo então Supremo Tribunal de Justiça. Ao longo dos processos constitucionais originários por que passou o Brasil é que a prerrogativa foi sendo ampliada até chegar ao modelo atual. Somando-se ao extenso rol de autoridades uma interpretação extensiva a respeito dos crimes abrangidos pela prerrogativa, chegou-se inevitavelmente à baixa efetividade da prestação jurisdicional penal no âmbito da mais alta corte de justiça.

Essa situação só pode ser modificada pela interpretação restritiva da regra do foro por prerrogativa, que deve ser aplicado para crimes cometidos no cargo e em conexão com ele (crimes funcionais). O foro por prerrogativa de função é concebido para conferir a devida proteção ao exercício funcional, não para dificultar a persecução penal decorrente da prática de crimes pelo parlamentar. Por isso, há de se fazer presente o nexo de causalidade entre o exercício funcional e a conduta criminosa.

Aliás, a proposta de redução do foro por prerrogativa é harmoniosa com restrições interpretativas que o próprio STF vem impondo até mesmo à imunidade material dos parlamentares, como ocorreu no Inq. 3.932/DF. Se, portanto, o tribunal admite a restrição da imunidade dita absoluta, com mais razão deve se permitir interpretar restritivamente a imunidade relativa, especialmente diante dos efeitos deletérios que sua aplicação incondicional tem causado.

Também se estabeleceu que, uma vez publicado o despacho para que as partes apresentem suas manifestações finais (art. 11 da Lei nº 8.038/90), a competência do STF deve ser prorrogada para que sejam preservadas a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Isso evita inclusive manobras processuais como a ocorrida na Ação Penal 396, no curso da qual, prestes a ser julgado, o parlamentar renunciou ao mandato para deslocar o processo para a primeira instância. Naquele caso específico, o pleno do Supremo decidiu pela ineficácia da renúncia diante – nas palavras da ministra Cármen Lúcia – de uma “fraude processual inaceitável”. Estabelecida a *perpetuatio jurisdictionis*, evitam-se de uma vez por todas manobras da mesma natureza.

Há de se atentar, de resto, para o fato de que o Congresso Nacional vem deliberando sobre a aprovação de emenda para modificar as disposições constitucionais a respeito do foro por prerrogativa de função. O Senado Federal inclusive já aprovou a PEC 10/2013, que restringe a garantia aos chefes dos Poderes e ao vice-presidente da República.

O principal argumento para a propositura da emenda foi a igualdade de todos perante a lei. Para os senadores que endossaram a proposta, não é razoável que, com a justificativa de proteger o desempenho da função, o ordenamento jurídico estabeleça prerrogativa de foro para quem agiu justamente contra a dignidade da função e abusando dela.

Associaram-se a isso aqueles problemas tratados pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem na AP 937. As infundáveis ações penais em instâncias superiores,

muitas vezes impedindo que autores de graves infrações penais sejam punidos, acabaram por sobrepor, perante a sociedade, o conceito de proteção da pessoa àquele de proteção do cargo.

A proposta de emenda se lastreia ainda no fato de que a ocupação de cargos superiores por determinados indivíduos não torna as instâncias ordinárias menos qualificadas para julgá-los. Também não há risco de que prosperem acusações criminais infundadas, que podem ser combatidas – como de fato têm sido mesmo quando atingem aqueles que não desfrutam da prerrogativa – pelo *habeas corpus*. E não se descartam as prerrogativas nas quais a emenda não toca, relativas às garantias para o pleno exercício do cargo.

☑ Nos casos em que o deputado federal se elege senador, ou vice-versa, mantém-se o foro por prerrogativa de função no STF sobre crimes cometidos no mandato anterior?

A rigor, a decisão tomada na AP 937 deveria impedir a permanência de inquéritos policiais e de ações penais no STF, pois, se o foro por prerrogativa existe no caso de crimes cometidos no *exercício do cargo e em razão dele*, a extinção do mandato faria desaparecer a prerrogativa. Ainda que, em virtude da eleição, o agente permaneça com foro perante o mesmo tribunal, trata-se de cargos distintos e de crimes cometidos em outras circunstâncias.

Mas, por maioria, ao julgar a Pet. 9189 (j. 12/05/2021), o STF decidiu que, no caso de mandatos cruzados na esfera federal, o foro por prerrogativa **permanece sobre crimes cometidos no exercício do cargo anterior**.

Segundo a relatora – min. Rosa Weber –, o mandato eletivo tem dois atributos: um material e outro temporal. O material diz respeito às atribuições, prerrogativas e obrigações do cargo. O temporal corresponde ao período de tempo legalmente determinado. A delimitação no tempo, por ser uma característica dos regimes democráticos, deve ser concretizada da maneira mais ampla possível. Por isso, mesmo a interpretação de que o foro por prerrogativa permanece quando o parlamentar é reeleito para *o mesmo cargo* é uma concessão que, em certa medida, fragiliza o elemento temporal. No entanto, pode ser tolerada porque, tratando-se de cargo idêntico, o aspecto material, isoladamente, pode sustentar a manutenção da prerrogativa. Mas não é defensável sua extensão na mudança de mandato, pois isso viola o conceito constitucionalmente delimitado de mandato eletivo e, nesse caso, já não há mais os atributos materiais do cargo ocupado anteriormente:

“Afinal, abrangendo, o conceito, elementos de cariz substancial e temporal, qualquer compreensão que se pretenda fiel ao arquétipo constitucional deve buscar, ao menos, remissão a algum dos dois elementos conceituais em questão.

Tal remissão é inviável quando em escrutínio situações fáticas como a que se apresenta nestes autos, em que Deputado Federal elege-se para cargo de Senador da República, pois nenhum dos critérios de fixação de competência perdura para justificar a perpetuação da jurisdição desta Suprema Corte.

Com efeito, o elemento temporal constitucionalmente delimitado esvaiu-se com o encerramento da legislatura; de igual modo, ausente o elemento material ou substancial, porquanto diferente o plexo de atribuições dos respectivos cargos eletivos.

[...]

Forte nestas razões, Senhor Presidente, eminentes pares, voto pelo não provimento do agravo regimental, mantendo incólume a decisão monocrática pela qual remeti a parcela da investigação referente ao Senador da República Márcio Miguel Bittar, no âmbito do Inquérito 4846, à primeira instância da Justiça Federal no Distrito Federal.

Proponho a seguinte tese de julgamento: 1. O foro por prerrogativa de função (CPP, arts. 84 a 87) encerra-se quando o agente público dele detentor passa a ocupar cargo público ou exercer mandato eletivo distinto daquele que originalmente atraiu a regra especial de competência, ainda que a mudança de assento funcional ocorra sem solução de continuidade. 2. Na linha do precedente firmado no julgamento da QO na AP 937, aludida regra de competência também não perdura nas hipóteses de ‘mandatos parlamentares cruzados’.

A maioria, no entanto, acompanhou o voto divergente do min. Edson Fachin, para quem o foro por prerrogativa deve permanecer se, ausente solução de continuidade, o deputado federal é eleito para cargo no Senado ou o senador é eleito para cargo na Câmara dos Deputados. A prerrogativa deixa de existir se há interrupção entre os mandatos:

“[...] De acordo com as razões de decidir desse julgado paradigma, a exigência da concomitância dos sobreditos requisitos – prática do crime no tempo do exercício do cargo e em razão da função ocupada – para a configuração da competência originária do Supremo Tribunal Federal elide a desfuncionalidade e a ineficiência do sistema de justiça criminal provocado pelo amplo alcance da prerrogativa de foro se o único aspecto considerado fosse a diplomação da autoridade para quaisquer dos cargos nomeados pela Constituição (art. 102, I), enfatizando, ademais, que a prerrogativa de função não significa assegurar privilégio pessoal, mas condiz unicamente com a proteção funcional.

Contudo, a despeito desse pronunciamento restritivo e passível de ser aplicado de imediato, foi assentada a possibilidade de perpetuação da jurisdição, nos casos em que a ocupação do cargo cessar, independente da motivação, após o término da instrução processual, ou seja, com a publicação do despacho de intimação das partes às alegações finais, marco temporal a partir do qual a competência não mais sofrerá alteração.

Diante dessas balizas, sob o meu olhar, a competência o Supremo Tribunal Federal alcança os Congressistas Federais no exercício de mandato em casa parlamentar diversa daquela em que fora

consumada a hipotética conduta delitiva, pois hipótese que encontra subsunção no art. 102, I, “b”, da Constituição Federal, desde que não haja solução de continuidade.

Havendo interrupção ou término do mandato parlamentar, sem que o investigado ou acusado tenha sido novamente eleito para os cargos de Deputado Federal ou Senador da República, exclusivamente, o declínio da competência é medida impositiva, nos termos do entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na aludida questão de ordem [...].²³

É importante ressaltar que a decisão trata da **manutenção** do foro por prerrogativa no STF caso as eleições sejam sucessivas na **esfera parlamentar federal**. Se considerarmos estritamente os termos dessa decisão e do precedente firmado na AP 937, não permanece o foro por prerrogativa se um parlamentar estadual é eleito para um cargo no Congresso Nacional. Quando parlamentar estadual, o foro era o TJ. Agora, no Congresso, o foro é o STF. Por isso, a nosso ver, equivocou-se o STJ em julgamento no qual anulou decisões de primeiro grau proferidas em investigação contra senador que, à época dos atos investigados, exercia o cargo de deputado estadual:

“I. A constatação de omissão no julgado impõe o acolhimento dos embargos declaratórios para correção desse vício. II. Ancorando-se o acórdão embargado na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937 do Supremo Tribunal Federal, constata-se a presença de manifesta omissão no necessário enfrentamento da rejeição, pelos membros da Primeira Turma do STF, de ressalva de ampliação do entendimento a todos os titulares de prerrogativa de foro, em quaisquer circunstâncias. III. A existência de precedente do Supremo Tribunal Federal mais recente e com substrato fático mais assemelhado com o deste processo, tal seja, a Pet n. 9.189/DF, impõe a sua observância no julgamento deste feito, com adoção do entendimento de que se deve admitir a excepcional e exclusiva prorrogação da competência criminal de parlamentar que, sem solução de continuidade, investe-se em novo e sucessivo mandato federal em casa legislativa diversa daquela que originalmente deu causa à fixação da competência originária. IV. Nesse sentido, sucessivas diplomações, sem solução de continuidade, não alteram o foro competente para o julgamento de eventuais ações penais em desfavor do titular de foro por prerrogativa de função. V. Embargos acolhidos com efeitos infringentes do julgado para dar provimento ao agravo regimental e ao recurso ordinário interpostos pelo paciente.”²⁴

23. No mesmo sentido, decidiu o STJ: “Havendo solução de continuidade entre os mandatos, não exercidos de maneira ininterrupta, cessa o foro por prerrogativa de função referente a atos praticados durante o primeiro mandato” (AgRg no RHC 182.049-DF, Rel. Ministro Messod Azulay Neto, j. 08/08/2023).
24. EDcl no AgRg no RHC 135.206/RJ, Rel. Min. Ministro Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDF), j. 09/11/2021.

Na hipótese, não há mandatos cruzados, mas apenas modificação do cargo com a consequente alteração da prerrogativa de foro. Não há, portanto, a prorrogação de competência que fundamentou o julgamento da Pet. 9189.

3.2.2. Relativa à prisão

A imunidade relativa à prisão, também denominada pelo Supremo Tribunal Federal de “*incoercibilidade pessoal dos congressistas (freedom from arrest)*”²⁵, está prevista no art. 53, § 2º, da CF/88, que anuncia:

“Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

A garantia, portanto, presente desde a diplomação (e não da posse), recai sobre prisão provisória, excepcionada apenas a prisão em flagrante decorrente de prática de crime inafiançável (ex.: racismo²⁶, tráfico de drogas, crimes hediondos). O texto constitucional em nenhum momento faz referência a outras possibilidades cautelares de encarceramento, como as prisões temporária e preventiva.

Ocorre que, nos últimos anos, foram incontáveis os casos envolvendo parlamentares federais em crimes contra a Administração Pública e de organização criminosa. Desde o escândalo do *Mensalão*, que corria paralelo a outro esquema de corrupção desmantelado durante a operação *Lava Jato*, temos assistido inúmeros membros do Poder Legislativo (e do Executivo) envolvidos nos mais diversos atos de malversação e apropriação de dinheiro público.

O crescente número de investigações envolvendo esses agentes levou o Supremo Tribunal Federal à conclusão de que a regra constitucional pura e simples a respeito da prisão em flagrante não era mais suficiente para lidar com a crise institucional que se instalava.

Baseando-se na necessidade de contornar a inviabilidade provocada pela lacônica norma constitucional, no final de 2015 o STF decretou a prisão preventiva do senador Delcídio do Amaral – seguindo, aliás, providência que, pouco antes, havia adotado em relação a um deputado estadual, também imune. Na época, o tribunal fundamentou o afastamento da imunidade prisional do parlamentar considerando as circunstâncias específicas do caso concreto e invocou o postulado da *derrotabilidade* (ou *superabilidade*). Sobre o assunto, explica o constitucionalista **MARCELO NOVELINO**:

“Nos casos de conflito entre princípios e regras situados em planos distintos, o afastamento da regra legal somente deve ocorrer nos casos de inconstitucionalidade, de manifesta injustiça ou em

25. STF – Tribunal Pleno – Inq. 510 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 19/04/1991.

26. Desde a edição da Lei 14.532/23, nos crimes de racismo tipificados na Lei 7.716/89 se inclui a injúria cometida em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional (art. 2º-A).

situações excepcionalíssimas que, por escaparem da normalidade, não poderiam ter sido ordinariamente previstas pelo legislador. O afastamento da aplicação de regras válidas ante as circunstâncias específicas do caso concreto é conhecido como *derrotabilidade* (ou *superabilidade*). Em tais hipóteses, o intérprete confere ao princípio da justiça e aos princípios que justificam o afastamento da regra um peso maior do que ao princípio da segurança jurídica e àqueles subjacentes à regra. A ponderação, portanto, não é feita entre a regra e o princípio, mas entre princípios que fornecem razões favoráveis e contrárias à aplicação da regra naquele caso específico. Não há nisso, qualquer desobediência ao direito, pois a decisão é pautada por normas estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico²⁷.

Não é despropositado atribuir a origem disso, ao menos em parte, ao fato de que a Constituição Federal permite apenas e tão somente a prisão em flagrante por crime inafiançável, mas o texto constitucional não abrange, obviamente, normas procedimentais; só se faz referência à prisão em flagrante, que é disciplinada no Código de Processo Penal. Ocorre que, até 2011, o agente era preso em flagrante e, se não fosse relaxada (porque ilegal), essa prisão podia perdurar até o final do inquérito policial, quando então o órgão do Ministério Público, ao oferecer a denúncia, devia se manifestar pela conversão do flagrante em preventiva ou pela liberdade provisória. O problema é que, em 2011, a Lei 12.403 alterou esse procedimento (depois modificado em parte pela Lei 13.964/19 – Pacote Anticrime). No momento em que o juiz recebe o auto de prisão em flagrante – em até 24 horas após a prisão –, promove a audiência de custódia e, nesta mesma audiência, deve decidir se: 1) relaxa a prisão; 2) converte o flagrante em preventiva, caso as medidas cautelares não sejam suficientes; 3) concede liberdade provisória. Isso gera um problema nesse caso em que a Constituição permite apenas a prisão em flagrante, porque, segundo a regra atual, essa prisão só ocorre em determinado momento. Se um parlamentar é preso em flagrante e o auto de prisão é encaminhado ao Parlamento, e for mantida a prisão, cria-se um problema para o STF: qual modalidade, se a prisão em flagrante não pode perdurar? É preciso, então, decidir se se decreta a preventiva, que, se não for decretada, dá lugar a medidas cautelares ou à liberdade provisória.

Isso provoca a seguinte indagação: se é possível decretar a prisão preventiva em decorrência do flagrante, por que não seria possível fazê-lo diretamente diante de um caso em que, embora sem a situação de flagrância, a liberdade do parlamentar expõe a risco a ordem pública, a ordem econômica, a instrução processual ou a aplicação da lei penal?

Mas, como não poderia deixar de ser, a controvérsia não se cingiu à prisão preventiva.

Em maio de 2017, a Procuradoria Geral da República requereu ao STF, no bojo de um inquérito policial, a decretação da prisão preventiva do senador Aécio Neves. O pedido de prisão foi negado, mas o ministro Edson Fachin, então relator, impôs ao senador medidas cautelares diversas da prisão, porque considerou presentes indícios da prática dos crimes de

corrupção passiva e de obstrução de investigação de infração penal envolvendo organização criminosa. Entre as medidas impostas estava o afastamento do mandato parlamentar.

Mas, desmembrado o inquérito, o novo relator, ministro **MARCO AURÉLIO**, revogou as medidas cautelares e restabeleceu o mandato do senador. Para o ministro, não é possível que o Judiciário estabeleça medidas que a Constituição não contempla:

“É mais que hora de a Suprema Corte restabelecer o respeito à Constituição, preservando as garantias do mandato parlamentar. Sejam quais forem as denúncias contra o senador mineiro, não cabe ao STF, por seu plenário e, muito menos, por ordem monocrática, afastar um parlamentar do exercício do mandato. Trata-se de perigosíssima criação jurisprudencial, que afeta de forma significativa o equilíbrio e a independência dos Três Poderes. Mandato parlamentar é coisa séria e não se mexe, impunemente, em suas prerrogativas”.

Em razão de recurso interposto pela Procuradoria Geral da República, a Primeira Turma do STF restabeleceu o afastamento cautelar do senador. Para o ministro **BARROSO**,

“Seria uma incongruência entender que se aplica a prisão domiciliar aos coautores menos relevantes sem a aplicação de nenhum tipo de restrição à liberdade de ir e vir a quem, supostamente, teria sido o mandante. Há indícios, bastaste suficientes a meu ver, de autoria e materialidade”.

Nesse ínterim, três partidos políticos ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5526) pedindo que o tribunal conferisse interpretação conforme à Constituição aos artigos 312 e 319 do CPP para que a aplicação das medidas cautelares impostas a parlamentares fosse submetida a deliberação da respectiva Casa Legislativa em vinte e quatro horas, seguindo a regra relativa à apreciação da prisão em flagrante (art. 53, § 2º, da CF).

A ação foi julgada parcialmente procedente em 11/10/2017, oportunidade em que o tribunal reconheceu, por maioria, a necessidade de confirmação da medida de afastamento do cargo e de medidas que de alguma forma limitem ou embaracem o exercício da função parlamentar.

Diante da complexidade e das controvérsias que cercam o tema relativo às prerrogativas constitucionais de parlamentares em face do cometimento de crimes por quem que se aproveita justamente das prerrogativas para criar uma espécie de indenidade, não foram poucas as divergências entre os ministros.

Os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello votaram pela improcedência da ação. Em seus votos, admitiam a possibilidade de decretação de qualquer medida cautelar sem submissão à apreciação do Legislativo, independentemente da restrição provocada no exercício do mandato parlamentar. Basicamente, o fundamento foi o de que o mandato é revestido de prerrogativas que garantem seu livre exercício na medida em que evitam perseguições políticas, mas que não podem servir de escudo para o cometimento de crimes.

Ao referir-se às disposições constitucionais, o ministro Barroso afirmou que as possibilidades de manifestação sobre a prisão em flagrante de crime inafiançável, de sustação do

andamento de ação penal e deliberação sobre perda de mandato (art. 55, § 2º) são exceções impostas pela Constituição ao regular andamento de processos criminais contra parlamentares. Se são exceções, e as únicas impostas, não é possível ampliá-las por via judicial.

Nessa esteira, qualquer óbice à aplicação das regras penais e processuais penais além daqueles impostos expressamente na Constituição contraria o princípio republicano.

Mas não foi essa a tese vencedora.

O ministro Alexandre de Moraes foi contrário, *a priori*, à possibilidade de decretar medidas cautelares que de alguma forma impeçam o exercício do mandato parlamentar exatamente porque essas medidas não são contempladas na Constituição Federal. Mas apontou que, caso admitida a decretação, é necessária a manifestação da Casa Legislativa respectiva para os fins dispostos no art. 53, § 2º, da CF. Também impôs a necessidade de manifestação do Parlamento o ministro Dias Toffoli, para quem, no entanto, as cautelares só podem ser decretadas no caso de flagrante de crime inafiançável ou se houver “superlativa excepcionalidade”.

O ministro Ricardo Lewandowski também votou pela necessidade de manifestação do Poder Legislativo, mas desde que se trate de medida limitadora do exercício do mandato. Caso contrário, pode ser aplicada pelo Judiciário sem nenhuma espécie de confirmação.

Para o ministro Gilmar Mendes, que igualmente admitiu as medidas seguidas de manifestação do Parlamento, não se trata exatamente de ampliar ou restringir prerrogativas parlamentares, mas de conferir o devido sentido a tais normas, que não têm o propósito de atribuir salvaguarda a atos criminosos.

O ministro Marco Aurélio votou contrariamente à possibilidade de impor qualquer das medidas cautelares do art. 319 do CPP a parlamentares, seguindo assim a orientação que já havia exposto quando revogou o afastamento do mandato imposto ao senador Aécio Neves. Mas também afirmou que, caso se admitisse essa possibilidade, seria imprescindível o controle político pelo Legislativo.

Finalmente, a ministra Cármen Lúcia – que desempatou o julgamento – ponderou que, embora seja necessário o cumprimento de medidas penais determinadas contra parlamentares, o mandato não pertence à pessoa do parlamentar – esse, aliás, é o fundamento das prerrogativas constitucionais. Por isso, é plenamente possível a aplicação das medidas cautelares de que trata o art. 319 do CPP, mas, caso se trate de algo que impeça o pleno exercício do mandato, a deliberação do Poder Legislativo é imprescindível²⁸.

☒ Cabe prisão civil contra o Congressista devedor de alimentos?

A questão gera indisfarçável controvérsia na doutrina. UADI BULOS ensina ser cabível a prisão civil do congressista quando devedor de alimentos²⁹. GILMAR MENDES, por sua

28. A necessidade de aval do Legislativo, no entanto, não se estende aos parlamentares municipais, que, embora gozem de imunidade material na circunscrição do município, não são imunes à prisão, ainda que a constituição estadual lhes proporcione prerrogativa de foro.

29. *Curso de Direito Constitucional*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1101.

vez, atento ao escopo da prerrogativa (impedir a perseguição pessoal do parlamentar), leciona que a imunidade abarca qualquer ato de privação da liberdade, o que impede também as prisões de natureza extrapenal³⁰.

Ousamos divergir das duas. Sem desconsiderar a interpretação teleológica que merece o dispositivo-garantia, mas lembrando dos interesses do alimentando, devemos diferenciar os alimentos provisórios dos definitivos. Os primeiros, objetos de um juízo cognitivo que não exauriu a prova, não raras vezes fixados *inaudita altera pars*, não comportam a coerção da prisão civil, mas somente da penhora (art. 528, § 8º, do novo CPC).

O parlamentar, nessa hipótese, deve ter o mesmo manto que o protege contra a decretação da prisão penal provisória. Já em se tratando de alimentos definitivos, fixados por juízo que exauriu a prova, de caráter permanente (embora mutáveis), admitem a coação da prisão civil (art. 528, *caput* e §§ 1º a 7º, do novo CPC). Nada justifica a preponderância da liberdade do exercício da função quando comparada com a comprovada necessidade do alimentando.

3.2.3. Relativa ao processo

A imunidade parlamentar relativa ao processo está disciplinada no artigo 53, §§3º ao 5º da CF/88, alcançando os crimes praticados pelos congressistas **após** a diplomação³¹. Nesses casos, permite-se à Casa Legislativa respectiva sustar, a pedido de partido político com representação no Legislativo Federal, o andamento da ação penal pelo voto ostensivo e nominal da maioria absoluta de seus membros. A suspensão da ação penal deverá ser apreciada no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias e, caso se entenda pela sustação, ela persistirá enquanto durar o mandato, acarretando, igualmente, a suspensão da prescrição.

A matéria foi alterada pela E.C nº 35/2001, como se percebe do quadro abaixo:

Imunidade Parlamentar Relativa ao Processo	
Antes da E.C nº 35/2001	Depois da E.C nº 35/2001
Abrangia qualquer crime, praticado antes ou depois da diplomação.	Só abrange crimes praticados após a diplomação
STF necessitava de autorização para iniciar o processo.	O STF dispensa a autorização. Contudo, a Casa legislativa, mediante voto, pode sustar o andamento do processo.
Enquanto não autorizado, não corria a prescrição.	A sustação do processo suspende também a prescrição.

A Constituição Federal não é expressa a respeito da necessidade de fundamentar a decisão que susta o andamento da ação penal; dispõe somente que, por voto da maioria dos membros, o parlamento pode decidir nesse sentido. É corrente a lição de que se trata de decisão política, tomada em um contexto de conveniência e oportunidade, que, de

30. *Curso de Direito Constitucional*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 963.

31. Não haverá incidência de qualquer imunidade formal em relação às infrações anteriores à diplomação, podendo o parlamentar ser normalmente processado e julgado pelo STF, enquanto durar o mandato.

acordo com a jurisprudência hoje prevalente, não pode ser revista pelo Poder Judiciário. Essa postura dos tribunais, no entanto, merece ser revista para o fim de se admitir a intervenção do Estado-Juiz quando a prerrogativa estiver servindo como manto de impunidade. É que a imunidade existe para assegurar que o parlamentar não seja processado arbitrariamente. Logo, a não ser que o parlamento fundamente a sustação com a existência de excesso ou abuso de poder na acusação formalmente recebida pela Justiça, não parece razoável admitir a suspensão do curso do processo, ainda que acompanhada da suspensão do prazo prescricional. O parlamento não pode, por conveniência política, ser lacônico na decisão que obsta a atuação do Poder Judiciário.³²

Por fim, registre-se que a *“a prerrogativa extraordinária da imunidade parlamentar em sentido formal não se estende e nem alcança os inquéritos policiais que tenham sido instaurados contra membros do Congresso Nacional”* (RTJ 166/785-786, Rel. Min. Celso de Mello³³). Exige-se, entretanto, iniciativa do MPF e supervisão do STF, dada a imunidade titularizada pelo parlamentar³⁴.

3.2.4. Relativa à condição de testemunha

A regra é que os parlamentares são obrigados a testemunhar, prestando compromisso, salvo nas duas hipóteses previstas no artigo 53, §6º da CF/88:

- (A) sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato; e
- (B) sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

32. A necessidade de fundamentar decisões dessa natureza foi destacada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na sentença no caso *Barbosa de Souza e outros vs Brasil*, sendo nosso país condenado pela violação de direitos humanos. O caso versava sobre o homicídio de Márcia Barbosa de Souza, ocorrido em 1998, no qual figurou como denunciado um deputado estadual. Àquela altura, o art. 53 da Constituição Federal ainda não havia sido modificado pela Emenda Constitucional 35. Um dos aspectos condenados pela Corte foi a inexistência de qualquer fundamento nas duas decisões da Casa Legislativa que negaram a autorização para que o autor do crime fosse processado. A Corte concluiu que em ambas as situações a Assembleia Legislativa, na realidade, não analisou o *fumus persecutionis* da ação penal que se buscava autorizar, isto é, não avaliou se havia traços de arbitrariedade na iniciativa de processar o parlamentar para, a partir disso, negar sua submissão ao julgamento pelo Poder Judiciário. Também foram apontadas irregularidades no procedimento da segunda rejeição, que sequer foi objeto de votação no plenário da Assembleia Legislativa. A imunidade, concebida para a proteção do parlamentar contra processos arbitrários, constituiu em si uma arbitrariedade que impediu o acesso dos familiares de Márcia Barbosa de Souza à justiça. Apesar de a norma constitucional ter sido alterada, é inegável que os mesmos argumentos podem servir para impor o dever de fundamentar a decisão que susta o andamento da ação penal.

33. Entendimento reiterado no julgamento do Inq. 1.504 pelo STF, veiculado no Informativo nº 153.

34. “Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF”. (STF – Tribunal Pleno – Inq 2411 QO – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 25/04/2008).

Embora a testemunha tenha o dever de comparecer quando intimada pelo juízo para prestar seu depoimento, o artigo 221 do Código de Processo Penal estabelece que os deputados e senadores terão a prerrogativa de ajustar dia, horário e local com essa finalidade. Deve-se notar, entretanto, que a prerrogativa processual penal é exclusiva para parlamentar enquanto ostentar a condição de testemunha, **não** se aplicando ao parlamentar investigado ou acusado³⁵⁻³⁶.

3.3. Imunidades parlamentares e o estado de sítio

As imunidades acima analisadas subsistem, ainda que durante o **estado de sítio**. Nos termos do artigo 53, § 8º da CF/88, as imunidades de deputados e senadores somente serão suspensas se houver decisão da Casa respectiva, com votação de dois terços pela suspensão. De todo modo, ainda nessa hipótese, somente os atos praticados fora do Congresso Nacional e que sejam incompatíveis com a execução da medida estarão desprotegidos da imunidade.

3.4. Imunidades do parlamentar licenciado

Caso o parlamentar se licencie do cargo para o qual foi eleito com o objetivo de exercer outro, **não** manterá sua imunidade, que não é pessoal, mas da função, cessando igualmente a prerrogativa de foro, a não ser que o cargo assumido também confira a prerrogativa, como no caso de ministros de Estado.

Antes da Ação Penal 937, o STF entendia que o parlamentar licenciado mantinha somente a prerrogativa de foro. Mas, se o tribunal restringiu o alcance do foro, que atualmente abrange apenas crimes cometidos no exercício e em razão da função, conclui-se que, uma vez licenciado, o parlamentar não tem mais a prerrogativa, a não ser que o cargo assumido também confira a mesma garantia, como no caso de ministros de Estado.

3.5. Imunidades dos deputados estaduais

As imunidades estudadas, por força do mandamento insculpido no artigo 27, §1º, CF/88³⁷, também devem ser aplicadas aos deputados estaduais. Consagra-se o **princípio da simetria**, que conduz à **superação** da súmula nº 3 do STF³⁸.

35. Neste sentido, Cf. STF, Inq. 1.504.

36. Embora seja assegurado esse direito às autoridades indicadas no art. 221, CPP, o STF já decidiu pela perda desta prerrogativa caso a autoridade abuse do direito e não atenda ao chamado da justiça para que indique dia, horário e local para a sua oitiva. (Cf. STF – Tribunal Pleno – AP 421 QO – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 03/02/2011).

37. CF/88. Art. 27, § 1º. *Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.*

38. STF. Súmula nº 3. *A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à justiça do estado* (Tribunal Pleno declarou superada a Súmula 3 no julgamento do RE 456679).

Em síntese:

Parlamentares Federais	Parlamentares Estaduais
Imunidade absoluta nas opiniões palavras e votos	Imunidade absoluta nas opiniões palavras e votos
Imunidade relativa: a) Foro (STF) b) Prisão c) Processo d) Condição de Testemunha	Imunidade relativa: a) Foro (TJ/TRF/TRE) b) Prisão c) Processo d) Condição de Testemunha

Note-se que o julgamento do STF na AP 937 obriga o intérprete a revisitar o sistema de prerrogativa de foro para deputados estaduais, que devem responder criminalmente perante o TJ, TRF ou TRE apenas quando cometem crimes no exercício e em razão do cargo. Assim, por exemplo, o deputado estadual acusado de corrupção passiva (art. 317 CP) será julgado pelo TJ ou TRF (a depender do caso concreto), mas quando acusado de lesão corporal contra a mulher no ambiente doméstico e familiar (art. 129, §9º, CP) será julgado pela primeira instância.

Também têm reflexos nas prerrogativas dos deputados estaduais as decisões que vêm sendo tomadas pelo STF a respeito da possibilidade de decretação de prisão preventiva e de medidas cautelares contra parlamentares.

Como vimos ao tratarmos da imunidade relativa à prisão, o STF admite a decretação de medidas cautelares contra deputados federais e senadores, e, quando julgou a ADI 5526, estabeleceu a necessidade de confirmação, pelo Parlamento, de medida de afastamento do cargo e de outras que de alguma forma limitem ou embarcem o exercício da função parlamentar.

Alguns meses depois daquela decisão, deputados estaduais do Rio de Janeiro tiveram a prisão preventiva decretada pelo TRF da 2ª Região em uma investigação envolvendo crimes de corrupção, associação criminosa, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

Diante da já mencionada equiparação trazida no art. 27, § 1º, da CF/88, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro decidiu aplicar no âmbito estadual a decisão que o STF havia tomado sobre a confirmação de cautelares, o que resultou na soltura dos deputados estaduais que haviam sido presos, pois a Casa Legislativa estadual não confirmou a decisão judicial. Dias depois, o TRF 2 restabeleceu a prisão sob o fundamento de que a soltura havia sido ilegal.

A controvérsia logo chegou ao STF por meio de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 5823, 5824 e 5825) ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros contra dispositivos de constituições estaduais – dentre as quais a do Rio de Janeiro – que estendem a deputados estaduais as imunidades formais concedidas pela Constituição Federal aos parlamentares federais. Argumenta-se, em síntese, que apenas a inviolabilidade sobre opiniões, palavras e votos é de repetição obrigatória nas constituições estaduais; as imunidades formais não podem ser repetidas, porque, no âmbito estadual, não cumprem

o mesmo desiderato estabelecido pelo constituinte originário, que é a preservação do sistema representativo federal. E a decisão do STF a respeito da necessidade de confirmação de medidas cautelares decretadas contra parlamentares federais considerou justamente o aspecto relativo à divisão de Poderes e à manutenção do sistema representativo no âmbito federal, não no dos estados.

Em 2017, o STF iniciou julgamento dos pedidos liminares para suspender a eficácia dos dispositivos constitucionais estaduais. Até a suspensão da sessão de julgamento, foram cinco votos pela concessão da liminar e, portanto, da restrição das imunidades formais aos deputados estaduais; quatro ministros haviam votado contra a liminar.

O ministro Edson Fachin, relator de duas das ações, concedeu a liminar argumentando que as decisões que decretam medidas cautelares envolvem um juízo técnico-jurídico, não político. O ministro conferiu aos dispositivos estaduais interpretação – conforme a Constituição – de que aquelas regras não vedam a decretação de medidas cautelares de natureza penal contra deputados estaduais, tampouco concedem às assembleias legislativas poder para revogar ou sustar atos judiciais.

A ministra Rosa Weber concedeu a liminar fundamentando-se no fato de que, ao decidir que as medidas cautelares aplicadas a parlamentares federais devem ser submetidas à respectiva Casa Legislativa, o Supremo não estabeleceu nenhuma extensão aos deputados estaduais.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, afirmou que as prerrogativas do § 2º do art. 53 da CF são aplicáveis aos deputados estaduais, mas o dispositivo deve ser interpretado no sentido de que, até o recebimento da denúncia, a prerrogativa de decidir sobre qualquer medida é do Judiciário (recebida a denúncia, o Judiciário informa ao Legislativo, que pode sustar o andamento da ação penal – art. 53, § 3º, CF/88).

O ministro Dias Toffoli argumentou que a prerrogativa de analisar a prisão dos parlamentares é do Congresso Nacional, não de seus membros, ou seja, não é uma imunidade, mas uma prerrogativa da instituição, razão por que não se estende aos parlamentares estaduais. Para o ministro, a imunidade contra a prisão de que a trata a Constituição Federal é de reprodução vedada nas constituições estaduais.

Finalmente, a ministra Cármen Lúcia se valeu do já conhecido argumento de que imunidade não pode significar impunidade. As imunidades estabelecidas na Constituição Federal existem não para proteger os indivíduos que ocupam o cargo, mas as instituições que eles compõem, razão pela qual impõe-se a interpretação restritiva no sentido de que as imunidades formais se restringem à esfera federal.

Por outro lado, o ministro Marco Aurélio, relator de uma das ações, indeferiu a liminar argumentando que as imunidades estabelecidas na Constituição Federal são aplicáveis, por expressa disposição, aos deputados estaduais. Na mesma linha decidiu o ministro Alexandre de Moraes, que apontou a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, das decisões tomadas com abuso de poder ou desvio de finalidade pelas assembleias legislativas.

Também se referiram à extensão expressa, formulada pelo constituinte originário, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Na conclusão do julgamento do pedido liminar, em maio de 2019, o tribunal decidiu, por seis votos a cinco, pela **extensão das imunidades formais aos parlamentares estaduais**.

O ministro Dias Toffoli retificou seu voto para aderir à tese de que as imunidades formais podem ser estendidas aos parlamentares estaduais. No mesmo sentido votou o ministro Ricardo Lewandowski, que se ateve ao texto expresso do art. 27, § 1º e apontou que no conflito entre preservação da imunidade parlamentar e a eficácia da persecução penal, “[d]o ponto de vista de densidade histórica, a proteção da imunidade parlamentar possui muito mais peso e substância”.

Alinhando-se à tese contrária, o ministro Luís Roberto Barroso argumentou que, mesmo em relação a parlamentares federais, a Constituição só admite que o Parlamento delibere sobre a prisão de seus membros em situação de flagrante de crime inafiançável. Logo, não se cogita nenhuma extensão aos deputados estaduais. O ministro seguiu a linha de seu próprio voto – vencido – na ADI 5526, ou seja, pela possibilidade de decretação de qualquer medida cautelar sem submissão à apreciação do Legislativo, independentemente da restrição provocada no exercício do mandato parlamentar.

A nosso ver, não havia mesmo possibilidade de restringir a decisão do STF na ADI 5526 aos parlamentares federais, pois, como já destacamos, o art. 27, § 1º, da Constituição é expresso, literal – e, portanto, claríssimo – ao estender aos deputados estaduais as **imunidades** – no plural – concedidas aos parlamentares federais.

Data maxima venia, os argumentos favoráveis à concessão da liminar eram demasiadamente genéricos e não se sustentavam (e, se bem aplicados, poderiam funcionar contrariamente à decisão tomada pelo próprio STF na ADI 5526).

Ora, o fato de que o Judiciário faz um juízo técnico-jurídico, não político, aplica-se também ao STF no tocante aos parlamentares federais; o fato de que o STF não estabeleceu nenhuma extensão aos deputados estaduais quando decidiu a ADI 5526 é de todo irrelevante, pois a Constituição Federal impõe expressamente a extensão; o argumento de que, até o recebimento da denúncia, a prerrogativa de decidir sobre qualquer medida é do Judiciário também se aplica aos parlamentares federais; tampouco se sustenta a alegação de que a decisão sobre a prisão é uma prerrogativa da instituição, não dos parlamentares, porque a Constituição trata dessa prerrogativa como uma imunidade parlamentar e a estende ao âmbito estadual, no qual também existem instituições (no caso, as assembleias legislativas); e nem se fale do argumento de que imunidades não podem significar impunidade. Ora, isso é evidente, porém não é disso que se trata. O que está em jogo é a aplicação de uma regra constitucional expressa e muito clara que estende aos parlamentares estaduais as imunidades – **todas** – estabelecidas para os congressistas.

O equívoco, parece-nos, iniciou-se na decisão que concedeu ao Legislativo o poder de rever determinações judiciais. Na verdade, a pretexto de obstar a utilização do cargo – e consequentemente das imunidades – para a prática de ilícitos e de evitar a impunidade, o STF decidiu por aplicar medidas processuais penais que a Constituição Federal não contempla; e, para diminuir o impacto dessa iniciativa e evitar o enfraquecimento do sistema de separação

de poderes, conferiu ao Congresso Nacional uma espécie de controle sobre decisões judiciais, controle este que a Constituição Federal tampouco contempla. Em razão disso, ao que parece, parte do tribunal buscava evitar os efeitos negativos de sua própria decisão.

3.6. Imunidades dos vereadores

Os vereadores, por força do art. 29, VIII, da CF/88, desfrutam somente de imunidade absoluta, desde que as suas opiniões, palavras e votos sejam proferidos no exercício do mandato (nexo material) e na circunscrição do Município (critério territorial)³⁹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia que constituições estaduais estabelecessem o foro por prerrogativa de função para outras autoridades além daquelas mencionadas na Constituição Federal (inclusive para vereadores), tanto que o tribunal chegou a editar a súmula vinculante 45 para dispor que a competência constitucional do tribunal do júri prevalecia sobre o foro estabelecido exclusivamente na constituição estadual.

Mas, no julgamento da ADI 2553, o STF declarou inconstitucionais dispositivos da Constituição Estadual do Maranhão que concediam foro por prerrogativa a procuradores do Estado, a defensores públicos e a delegados de polícia.⁴⁰ No voto vencedor, o ministro Alexandre de Moraes afirmou que constituições estaduais não podem ampliar o rol de autoridades que têm a prerrogativa de foro conforme a Constituição Federal. Segundo o ministro, a Constituição Federal estabelece como regra o julgamento em primeiro grau

39. Nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade prevista no art. 29, VIII, da CF aos vereadores (“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: ... VIII – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”). Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, proveu recurso extraordinário em que se discutia o alcance da imunidade material de vereador em discurso, supostamente ofensivo à honra, proferido da tribuna da Casa Legislativa municipal. O Colegiado reputou que, embora as manifestações fossem ofensivas, teriam sido proferidas durante a sessão da Câmara dos Vereadores — portanto na circunscrição do Município — e teriam como motivação questão de cunho político, tendo em conta a existência de representação contra o prefeito formulada junto ao Ministério Público — portanto no exercício do mandato. O Ministro Teori Zavascki enfatizou ser necessário presumir que a fala dos parlamentares, em circunstâncias como a do caso, teria relação com a atividade parlamentar. Do contrário, seria difícil preservar a imunidade constitucional. O Ministro Gilmar Mendes sublinhou que, se o vereador tivesse de atuar com bons modos e linguagem escorreita, não haveria necessidade de a Constituição garantir a imunidade parlamentar. O Ministro Celso de Mello destacou que se o vereador, não obstante amparado pela imunidade material, incidisse em abuso, seria passível de censura, mas da própria Casa Legislativa a que pertencesse. Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que desprovia o recurso. Considerava que a inviolabilidade dos vereadores exigiria a correlação entre as manifestações e o desempenho do mandato, o que não teria havido na espécie” (RE 600063/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 25.2.2015).

40. A orientação foi reiterada no julgamento da ADI 6504/DF (j. 25/10/2021), em que o tribunal julgou inconstitucional o foro por prerrogativa de função ao Defensor Público-Geral do Estado, ao Delegado-Geral da Polícia Civil e aos integrantes das carreiras de Procurador do Estado e de Defensor Público do Estado do Piauí.

com possibilidade de recurso à segunda instância. Apenas excepcionalmente, de acordo com a natureza da atividade desempenhada, o constituinte atribuiu o foro por prerrogativa a autoridades federais, estaduais e municipais, e o fez sem sombra de dúvida, seja elencando expressamente as autoridades beneficiadas, seja estabelecendo simetria expressa com autoridades federais. Admitir que constituições estaduais ampliem o rol de beneficiados contraria, portanto, o propósito do legislador constituinte e representa a emissão de um verdadeiro cheque em branco para que legislativos estaduais estendam a prerrogativa a qualquer pessoa.

A ação direta de inconstitucionalidade não atacava nenhum dispositivo referente a foro por prerrogativa de vereadores, mas o tema surgiu durante os debates. O próprio ministro Alexandre de Moraes se referiu ao fato de que nada justifica que milhares de vereadores sejam julgados pelos Tribunais de Justiça, que não têm proximidade com o fato nem estrutura para lidar com a apuração. O ministro Gilmar Mendes, vencido em parte, também se referiu aos vereadores e afirmou que, embora a ação não dissesse respeito a eles, os motivos determinantes da decisão seriam certamente utilizados para questionar o foro por prerrogativa dos parlamentares municipais, algo até então admitido pela jurisprudência do tribunal.

Foi exatamente o que ocorreu no julgamento da ADI 558, em 22 de abril de 2021. A ação havia sido ajuizada em 1991 e questionava dispositivos da Constituição Estadual do Rio de Janeiro que conferiam prerrogativa de foro a agentes públicos. Na época, o STF suspendeu cautelarmente alguns dos dispositivos atacados. Um deles estendia aos vereadores prerrogativas estabelecidas a favor de deputados estaduais. Na cautelar, assentou-se que, “silente a Constituição Federal sobre prerrogativas processuais penais dos integrantes das Câmaras Municipais, plausível é a conclusão de que não se deixou espaço à inserção de normas constitucionais locais”.

No julgamento de mérito, o tribunal considerou inconstitucional, dentre vários outros, o dispositivo que atribuía ao Tribunal de Justiça a competência para julgar os vice-prefeitos e os vereadores fluminenses. A min. Cármen Lúcia – relatora – fez expressa referência aos fundamentos da decisão proferida na ADI 2553 para concluir que, embora o tribunal admitisse, no passado, o foro por prerrogativa para vereadores, decisões proferidas nos últimos anos obrigam que essa orientação seja revista. O constituinte originário não deixou espaço para que os legisladores derivados ampliem prodigamente o rol de agentes públicos beneficiados pela prerrogativa:

“A impossibilidade de os Estados incluírem em suas constituições normas por prerrogativa de foro não previstas na Constituição da República se torna ainda mais evidente quando não parece ter o constituinte originário deixado lacuna a ser por eles preenchida.

Na Constituição da República se fixou a prerrogativa de foro para funções e cargos do Executivo, Legislativo e Judiciário que considerou relevantes nos níveis federal, estadual e municipal.

Em âmbito federal e nos crimes comuns, na Constituição da República se fixou foro por prerrogativa de função ao Presidente da República, ao Vice-Presidente da República, aos membros do

Congresso Nacional, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao Procurador-Geral da República (al. b do inc. I do art. 102) e aos Ministros de Estado, aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, aos membros dos Tribunais Superiores e aos membros do Tribunal de Contas da União e aos chefes de missão diplomática de caráter permanente (al. c do inc. I do art. 102).

Na al. a do inc. I do art. 105 da Constituição da República, tem-se que serão julgados no Superior Tribunal de Justiça, pelo crimes comuns cometidos, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.

Os Juízes federais e os membros do Ministério Público da União serão julgados nos Tribunais Regionais Federais da área de sua jurisdição (al. a do inc. I do art. 108).

Em âmbito municipal, têm foro por prerrogativa de função, concedido pelo texto da Constituição da República, apenas os Prefeitos, os membros do Ministério Público e os juízes estaduais e do Distrito Federal e dos Territórios. É o que determinam o inc. X do art. 29 e o inc. III do art. 96:

[...]

Quanto aos vereadores e vice-prefeitos, a Constituição, ainda que pudesse fazê-lo, não se manifestou no inc. III do art. 96, mantendo a esse respeito silêncio proposital e deliberado.

Concluo no sentido de não se permitir ao constituinte estadual, com fundamento no § 1º do art. 125 da Constituição da República, estender aos vice-prefeitos e aos vereadores o foro por prerrogativa de função em razão de serem essas normas de caráter excepcionalíssimo por destoarem da norma geral de isonomia emanada do princípio republicano”.

Note-se, ainda, que os vereadores não dispõem de imunidade em relação à prisão. Por isso, decidiu o STJ que o juiz de primeiro grau pode aplicar medidas cautelares contra vereadores sem que haja necessidade de confirmação pela Câmara Municipal:

“3. O artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, que instituiu a denominada incoercibilidade pessoal relativa, refere-se a deputados federais e senadores, disposição estendida a deputados estaduais por determinação do artigo 27, § 1º, do texto constitucional e por incidência do princípio da simetria, não estando os vereadores incluídos em tais disposições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADI 371/SE e HC n. 94.059/RJ). 4. Possível, pois, juridicamente, que o Juiz de primeiro grau, fundamentadamente, imponha aos parlamentares municipais as medidas cautelares de afastamento de

suas funções legislativas sem necessidade de remessa à Casa respectiva para deliberação.”⁴¹

Assim, em resumo, temos:

Deputados Federais e Senadores da República	Deputados Estaduais	Vereadores
Imunidade absoluta em âmbito nacional.	Imunidade absoluta em âmbito nacional.	Imunidade absoluta pelas palavras proferidas no exercício do mandato e restrita à circunscrição do município em que exercem a vereança.
Imunidade relativa: a) Foro b) Prisão c) Processo d) Condição de Testemunha	Imunidade relativa: a) Foro b) Prisão c) Processo d) Condição de Testemunha	Não possuem imunidade relativa*, podendo sua prerrogativa de foro ser instituída pela constituição estadual (embora essa possibilidade seja cada vez mais remota em virtude de decisões que vêm sendo proferidas pelo STF).
Julgamento pelo STF	Julgamento pelo TJ/TRF/TRE	De acordo com o STF, constituições estaduais não podem atribuir foro por prerrogativa
*. “A Constituição Federal não assegurou ao Vereador a garantia da imunidade parlamentar formal. Os membros do Poder Legislativo dos Municípios podem ser submetidos a processo penal, independentemente de prévia licença da Câmara de Vereadores a que pertencem”. (STF – Tribunal Pleno – HC 70352 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 03/03/1993).		

Conclui-se, do quadro, que o processo-crime em desfavor do vereador tramita perante o órgão jurisdicional de primeiro grau, pois o constituinte estadual não pode ampliar prerrogativas dispostas na Constituição Federal.

3.7. Foro por prerrogativa de governadores

Dentre os diversos agentes aos quais a Constituição Federal atribui foro especial em decorrência da prerrogativa de função se encontram os governadores. Segundo o art. 105, inc. I, *a*, compete ao Superior Tribunal de Justiça processá-los e julgá-los originariamente nos crimes comuns.

A regra era tradicionalmente aplicada a todas as situações em que governadores fossem processados por crimes comuns, ainda que não relacionados ao exercício do cargo. Mas, como já estudamos, no julgamento de questão de ordem na Ação Penal 937 o Supremo Tribunal Federal restringiu a regra do foro por prerrogativa de deputados federais e senadores, e é evidente que a decisão do STF repercutiu em prerrogativas semelhantes concedidas a outros agentes públicos, como prefeitos, governadores e deputados estaduais. Embora a questão de ordem na AP 937 não tenha tratado de outros agentes além

41. RHC 88.804/RN, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 14/11/2017.

dos deputados federais e dos senadores, o STJ e os tribunais de Justiça têm se deparado com inúmeras situações em que, no geral, as premissas adotadas pelo STF são estendidas para limitar a incidência do foro especial.

Logo após aquela decisão, o Superior Tribunal de Justiça conferiu a mesma interpretação restritiva ao art. 105, inc. I, *a*, da Constituição Federal para afastar o foro por prerrogativa de um governador que estava sendo processado por crime cometido quando ocupava o cargo de prefeito.⁴²

À época, o ministro Luis Felipe Salomão fez referência, inicialmente, ao voto do ministro Barroso no STF, segundo o qual não há impedimento a que a corte constitucional faça interpretação restritiva dos dispositivos que contemplam a prerrogativa de foro. E, em razão da orientação adotada a respeito da extensão da prerrogativa, havia de ser observado o princípio da simetria, pois, segundo o art. 25, *caput*, da CF, “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. O princípio, segundo ressaltou o ministro Salomão, deve balizar a interpretação de todas as regras que envolvam o pacto federativo, como aquelas que dispõem sobre as prerrogativas dos governadores.

O caso concreto, de resto, enquadrava-se perfeitamente nas premissas adotadas pelo STF, pois a ação penal tramitava contra o governador pela prática de crimes de responsabilidade cometidos no cargo de prefeito (art. 1º, inciso XIII, do DL 201/67), ou seja, delitos que não tinham relação com o cargo exercido na época do julgamento pelo STJ.

Posteriormente, o STJ restringiu ainda mais a extensão do foro por prerrogativa de governadores ao decidir que crimes cometidos no exercício e em razão do cargo não devem ser submetidos ao foro especial se o agente já estiver no desempenho de outro mandato decorrente de nova eleição não consecutiva. Naquele caso, o governador era acusado de ter cometido crime em 2009, no final de seu segundo mandato consecutivo para o Executivo estadual. Esgotado o mandato, concorreu, em 2010, para um cargo no Senado Federal, e foi eleito. Em 2014, concorreu novamente para o mesmo cargo de governador, foi eleito e reeleito em 2018. Neste último período é que o STJ foi provocado sobre a permanência do foro por prerrogativa para julgar o crime cometido em 2009. Devido ao hiato ocorrido entre os dois primeiros e os dois últimos mandatos de governador, o tribunal concluiu que o foro especial não poderia subsistir:

“1. O propósito da presente questão de ordem é averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da presente denúncia, na qual narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria foro por prerrogativa de função nesta Corte, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior e já findo do denunciado e apesar de atualmente ocupar, por força de nova eleição, o referido cargo. 2. O princípio do juiz natural tem como regra geral a competência jurisdicional da justiça comum de primeiro grau

42. AP 866, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/05/2018.

de jurisdição, ressalvadas as exceções expressas da Carta Magna. 3. O foro por prerrogativa de função deve se harmonizar com os princípios constitucionais estruturantes da República e da igualdade, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar a impunidade e a configuração de forma de odioso privilégio. 4. A conformidade com os princípios da isonomia e da República é obtida mediante a pesquisa da finalidade objetivada pela norma excepcional da prerrogativa de foro, por meio “redução teleológica”. 5. A interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico é a de que o foro por prerrogativa de função deve observar os critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo, pois sua finalidade é a proteção de seu legítimo exercício, no interesse da sociedade. 6. Como manifestação do regime democrático e da forma republicana, os dois Poderes estatais que exercem funções políticas, o Executivo e o Legislativo, são submetidos a eleições periódicas, razão pela qual os mandatos só podem ser temporários. 7. Como o foro por prerrogativa de função exige contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública, o término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo. 8. Na presente hipótese, a omissão supostamente criminosa imputada ao investigado ocorreu no penúltimo de seu segundo mandato à frente do Poder Executivo Estadual, de modo que a manutenção do foro após um hiato de posse de cargo no Legislativo Federal e mais um mandato no Executivo Estadual configuraria um privilégio pessoal, não albergado pela garantia constitucional. 9. Questão de ordem resolvida para reconhecer a incompetência do STJ para examinar o recebimento da denúncia e determinar seu encaminhamento ao primeiro grau de jurisdição.”⁴³

Já no julgamento de outra questão de ordem, o STJ decidiu que a competência deve permanecer no tribunal se o crime atribuído ao governador reeleito foi cometido no exercício e em razão do cargo em mandato imediatamente anterior, isto é, sem nenhum intervalo de continuidade:

“II. A interpretação restritiva inaugurada na QO na Apn 874/DF do art. 105, I, “a” da CF/88, porquanto atende ao princípio da isonomia e possui a pertinência lógica em abstrato, cria equiparação incompatível com os preceitos constitucionais quando reconhece incompetência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar Governador, remetendo a jurisdição ao juiz de primeiro grau referente aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionado às funções desempenhadas. III. O foro por prerrogativa de

43. QO na APn 874/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/05/2019.

função possui razão plenamente justificável, que transmuta a conotação de privilégio, sendo essencial para o bom exercício da função, posto que afirma a imparcialidade do Poder Judiciário, prevenindo conflitos, protegendo o órgão julgador de pressões diversas, além de imprimir segurança jurídica e institucional. IV. O Governador de Estado quando do exercício do cargo deve ser julgado por órgão colegiado no sentido de se respeitar o princípio democrático, além de servir para evitar controvérsias quanto às decisões monocráticas. V. Na presente hipótese, os delitos imputados ao investigado ocorreram anos de 2014 a 2016, no curso do primeiro mandato do investigado, vindo o mesmo a ser reeleito em 2018 para o mesmo cargo. VI. Questão de Ordem rejeitada para reconhecer, com base no disposto no art. 105, I, “a”, da CF/88, a competência do STJ para examinar o recebimento da denúncia, processamento e julgamento de Governador do Estado no cargo.”⁴⁴

3.8. Foro por prerrogativa de membros do Ministério Público e da Magistratura

A orientação adotada sobre a limitação do foro especial pode ser mitigada em situações nas quais o fundamento para a prerrogativa transcende a proteção ao exercício das funções inerentes ao cargo público ocupado.

É indiscutível que, nas hipóteses de infração penal cometidas por magistrados e membros do Ministério Público, para além da proteção ao exercício do cargo, a regra que estabelece o foro por prerrogativa garante que o indivíduo reúna condições para o desempenho imparcial das atividades acusatórias e judicantes, o que, em verdade, constitui condição para a realização de justiça criminal efetiva.

O processo e o julgamento de magistrados e membros do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição geram questões não examinadas pelo precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Evidentemente, não seria adequado para a preservação do interesse público, consubstanciado na realização da efetiva justiça criminal, admitir que o juiz de primeiro grau pudesse julgar o presidente do Tribunal a que se encontra vinculado, pois esta autoridade tem poder de influência, por exemplo, sobre promoções e sobre a imposição de sanção em caso de eventual cometimento de infração disciplinar. É inquestionável que a imparcialidade do juiz de primeiro grau estaria comprometida. Dá-se o mesmo na situação do promotor de Justiça que se depara com a necessidade de oferecer denúncia contra o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público a que pertence.

Atento a tais circunstâncias peculiares, em minucioso voto-vista lançado na questão de ordem suscitada na AP 857 (j. 20/06/2018), o ministro Felix Fischer, do STJ, faz expressa ressalva a respeito da prerrogativa de foro de membros de carreiras ligadas à atividade judicante:

44. QO na Pet. No Inq. 1.190/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/11/2020.

“Cumpre ressaltar, no entanto, que o entendimento ora estabelecido se restringe ao caso concreto, incapaz de espalhar efeitos automáticos para outras hipóteses, tais como membros de carreiras ligadas à atividade judicante (v.g. Ministério Público, Magistratura), em que o foro por prerrogativa não visa unicamente resguardar a função daquele que, porventura, venha a ser julgado, mas também a autonomia e independência da própria unidade sentenciante, evitando-se nefastas interferências de autoridade mais graduada sobre os mais novos. Isto tudo sem contar outros aspectos negativos. Tal raciocínio, inclusive, pode ser transportado, com a devida ponderação, da Lei n. 8.112/90, que disciplina que a competência para julgar o processo administrativo disciplinar, e impor penalidade, resulta da ascendência hierárquica da autoridade julgadora sobre o acusado, fundada no princípio da hierarquia, como meio de proteger o processante de represálias advindas de sua atividade disciplinar”.⁴⁵

No mesmo sentido conduziu-se o Superior Tribunal de Justiça em questão de ordem suscitada na ação penal 878 (j. 21/11/2018), proposta em face de desembargador acusado da prática de lesão corporal, crime sem nenhuma relação com o cargo ocupado pelo réu:

“PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA CRIMINAL ORIGINÁRIA DO STJ. ART. 105, I, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. QO. NA AP 937/STF. QO NA APN857/STJ. AGRG NA APN866/STJ. DESEMBARGADOR. CRIME SEM RELAÇÃO COM O CARGO. VINCULAÇÃO FUNCIONAL. PRERROGATIVA DE FORO. FINALIDADE DA NORMA. EXERCÍCIO INDEPENDENTE DAS FUNÇÕES PELA AUTORIDADE DETENTORA DE FORO. IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CREDIBILIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO STJ.

Hipótese em que Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reponde pela prática, em tese, de delito de lesão corporal ocorrido em Curitiba-PR.

O crime que é imputado ao réu não tem relação com o exercício do cargo de Desembargador, de modo que, a princípio, aplicando-se o precedente produzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937, não teria o réu foro no Superior Tribunal de Justiça.

A interpretação do alcance das hipóteses de prerrogativa de foro previstas na Constituição da República, não obstante, responde não apenas à necessidade de que aquele que goza da prerrogativa tenha

45. Esse fundamento desaparece com a superveniente aposentadoria da autoridade detentora do foro por prerrogativa de função (STJ: Processo sob segredo de justiça, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 07/12/2022).

condições de exercer com liberdade e independência as funções inerentes ao cargo público que lhe confere a prerrogativa.

Para além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial.

A necessidade de que o julgador passa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana.

Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal”.

A orientação foi reiterada em conflito sobre a competência para julgar promotores de Justiça que cometem crimes não relacionados com o exercício do cargo:

“O núcleo da controvérsia consiste em definir se Promotores de Justiça estaduais, pelo suposto cometimento de crime comum, possuem foro por prerrogativa de função no respectivo Tribunal de Justiça estadual, nos termos do art. 96, inciso III, da Constituição Federal; ou se incide, na espécie, por aplicação do princípio da simetria, a interpretação restritiva dada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao art. 102, inciso I, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Carta Magna, no julgamento da QO na AP 937-RJ, segundo a qual o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes praticados no exercício e em razão da função pública exercida.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, de fato, o STF restringiu sua competência para julgar membros do Congresso Nacional somente nas hipóteses de crimes praticados no exercício e em razão da função pública exercida. Todavia, frise-se que referido precedente analisou apenas o foro por prerrogativa de função referente a cargos eletivos, haja vista que o caso concreto tratava de ação penal ajuizada em face de Deputado Federal.

Sobre o tema, a Corte Especial do STJ, no julgamento da QO na APN 878/DF reconheceu sua competência para julgar Desembargadores acusados da prática de crimes com ou sem relação ao cargo, não identificando simetria com o precedente do STF. Naquela oportunidade firmou-se a compreensão de que se Desembargadores fossem julgados por Juízo de Primeiro Grau vinculado ao Tribunal ao qual ambos pertencem, criar-se-ia, em alguma medida, um

embaraço ao Juiz de carreira responsável pelo julgamento do feito. Em resumo, esta Corte Superior apontou *discrimen* relativamente aos Magistrados para manter interpretação ampla quanto ao foro por prerrogativa de função, aplicável para crimes com ou sem relação com o cargo, com fundamento na necessidade de o julgador desempenhar suas atividades judicantes de forma imparcial.

Nesse contexto, considerando que a prerrogativa de foro da Magistratura e Ministério Público encontra-se descrita no mesmo dispositivo constitucional (art. 96, inciso III, da CF), seria desarrazoado conferir-lhes tratamento diferenciado.

Por outro lado, a Suprema Corte, em 28/05/2021, nos autos do ARE 1.223.589/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, por unanimidade, afirmou que a questão ora em debate possui envergadura constitucional, reconhecendo a necessidade de analisar, com repercussão geral (Tema 1.147), a possibilidade ou não do STJ, a partir do artigo 105, inciso I, alínea a, da CF, processar e julgar Desembargador por crime comum, ainda que sem relação com o cargo. Destarte, o precedente estabelecido pelo STF no julgamento da QO na AP 937/RJ diz respeito apenas a cargos eletivos, ao passo que a prerrogativa de foro disciplinada no art. 96, III, da Constituição Federal, que abrange magistrados e membros do Ministério Público, será analisada pela Suprema Corte no julgamento do ARE 1.223.589, com repercussão geral. Observe-se que o Pleno do STF proveu o agravo para determinar sequência ao recurso extraordinário, razão pela qual, em 08/06/2021 o processo foi reatuado para RE 1.331.044.

Por derradeiro, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do AgRg no HC 647437/SP, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, realizado em 25/5/2021 (DJe 1/6/2021), não identificou teratologia em situação de denúncia ofertada pelo titular da ação penal perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual se impu- tou a Promotora de Justiça a prática, em tese, de conduta delituosa não relacionada com o cargo. Naquela oportunidade o ilustre relator ponderou que ‘(...) não foi demonstrado de maneira patente e inquestionável que o precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937/RJ, limitando o foro por prerrogativa de função às hipóteses de crimes praticados no exercício da função ou em razão dela, se aplicaria à paciente, posto que a Corte Suprema, na ocasião, não deliberou expressamente sobre o foro para processo e julgamento de magistrados e membros do Ministério Público, limitando-se a estabelecer tese em relação ao foro por prerrogativa de função de autoridades indicadas na Constituição Federal que ocupam cargo eletivo.’

Diante disso, enquanto pendente manifestação do STF acerca do tema, deve ser mantida a jurisprudência até o momento aplicada

que reconhece a competência dos Tribunais de Justiça Estaduais para julgamento de delitos comuns em tese praticados por Promotores de Justiça.”⁴⁶

Daí a segura conclusão de que as razões subjacentes à norma constitucional que confere o foro por prerrogativa de função a magistrados e membros do Ministério Público vão além daquelas consideradas pelo Supremo Tribunal Federal na AP 937.

As mesmas prerrogativas dos desembargadores se estendem aos conselheiros dos Tribunais de Contas por atos cometidos no exercício da função, ainda que não haja relação de causalidade entre a infração penal e o cargo ocupado:

“Na atribuição de definir os limites das hipóteses de competência *ratione personae* do STJ, a existência de decisões excepcionando os critérios adotados pelo STF demonstra o quão pulsante é o tema. Nesse contexto, a invocação do princípio republicano não pode chegar ao limite de negar o modelo de República Federativa fixada pela própria Constituição, que abrange o arranjo de garantias e prerrogativas a determinados cargos públicos, nunca com o fim de garantir odioso privilégio pessoal, mas sim como instrumento de salvaguarda da independência e da liberdade no exercício de atribuições particularmente relevantes para a sociedade.

Compreendida a questão nestes termos, ao estabelecer critérios distintos de definição da competência *ratione personae* para Desembargadores e Conselheiros, o que genuinamente estará sendo feito não é interpretar o art. 105, I, a, da Constituição Federal, mas, sim, escolher quais garantias e quais prerrogativas seriam extensíveis aos Conselheiros, ignorando que o art. 73, § 3º, da Constituição Federal garante aos membros das Cortes de Contas “as mesmas garantias, prerrogativas” da magistratura.

Portanto, cabe fixar o entendimento de que a competência por prerrogativa de foro aos membros dos Tribunais de Contas, perante o Superior Tribunal de Justiça, independe de a infração penal haver sido praticada durante o exercício do cargo e de estar relacionada às funções desempenhadas.”⁴⁷

É comum que os regimentos internos dos Tribunais de Justiça imponham que o desembargador relator autorize a instauração de inquéritos para a investigação de detentores da prerrogativa de foro. De acordo com o STF, essas normas são constitucionais, pois somente regulamentam a prerrogativa já existente e representam nada mais do que a repetição, no âmbito estadual, do procedimento adotado na Suprema Corte:

“1. Instruído o feito nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, é de se cumprir o princípio constitucional da duração razoável do processo (inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição da República)

46. CC 177.100/CE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 08/09/2021.

47. Processo em segredo de justiça, Rel. Ministro Raul Araújo, j. 16/08/2023.

com a conversão da apreciação da cautelar pelo julgamento de mérito da presente ação direta, ausente necessidade de novas informações. Precedentes. 2. A norma do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Amapá condiciona a instauração de inquérito à autorização do Desembargador Relator nos feitos de competência originária daquele órgão. Similaridade com o inc. XV do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de que, tratando-se de autoridades com prerrogativa de foro neste Supremo Tribunal, “a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis” (Inquérito n. 2411-QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 10.10.2007, DJe 25.4.2008). Precedentes. 4. A mesma interpretação tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal aos casos de investigações envolvendo autoridades com prerrogativa de foro nos Tribunais de segundo grau, afirmando-se a necessidade de supervisão das investigações pelo órgão judicial competente. Neste sentido: AP n. 933-QO, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJ 6.10.2015, DJe 3.2.2016; AP n. 912, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 7.3.2017; e RE n. 1.322.854, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 3.8.2021. 5. Em interpretação sistemática da Constituição da República, a mesma razão jurídica apontada para justificar a necessidade de supervisão judicial dos atos investigatórios de autoridades com prerrogativa de foro neste Supremo Tribunal Federal aplica-se às autoridades com prerrogativa de foro em outros Tribunais. 6. Não se há cogitar de usurpação das funções institucionais conferidas constitucionalmente ao Ministério Público, pois o órgão mantém a titularidade da ação penal e as prerrogativas investigatórias, devendo apenas submeter suas atividades ao controle judicial. 7. A norma questionada não apresenta vício de iniciativa, não inovando em matéria processual penal ou procedimental, e limitando-se a regular a norma constitucional que prevê o foro por prerrogativa de função. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”⁴⁸

Por outro lado, o STF julgou contrária à Constituição norma estadual que estabelecia a necessidade de autorização de órgão colegiado do Tribunal de Justiça para prosseguimento das investigações contra magistrado:

“1. Ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto o art. 90, § 1º, da Lei Complementar nº 59/2001 do Estado de Minas Gerais, que prevê a necessidade de autorização de órgão colegiado

48. ADI 7083/AP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16/05/2022.

do Tribunal de Justiça para prosseguimento das investigações contra magistrado. 2. Cabe a lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disciplinar as matérias institucionais relativas à magistratura nacional (art. 93 da Constituição Federal). 3. O dispositivo impugnado é formalmente inconstitucional ao instituir prerrogativa não prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Tal norma determina, nas investigações contra magistrado, a remessa do inquérito ao Tribunal ou órgão competente, mas não condiciona o prosseguimento à autorização do órgão colegiado. 4. A norma questionada é materialmente inconstitucional por violação ao princípio da isonomia, já que confere garantia mais extensa aos magistrados mineiros do que a prevista para os demais membros da magistratura e autoridades com foro por prerrogativa de função. 5. Há relevante distinção entre o presente caso e o que decidido na ADI 7083, Rel. Min. Cármen Lúcia. Em tal oportunidade, esta Corte destacou que “a mesma razão jurídica apontada para justificar a necessidade de supervisão judicial dos atos investigatórios de autoridades com prerrogativa de foro neste Supremo Tribunal Federal aplica-se às autoridades com prerrogativa de foro em outros Tribunais”. No entanto, o Regimento Interno do STF não exige que o prosseguimento da investigação seja autorizado por órgão colegiado, bastando que o relator decida a respeito. Na mesma linha, dispôs o Regimento Interno do TJAP, cuja constitucionalidade fora afirmada em tal precedente. 6. Ação direta cujo pedido se julga parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “na primeira sessão”, do art. 90, § 1º, da Lei Complementar nº 59/2001 do Estado de Minas Gerais, e atribuir interpretação conforme à Constituição à expressão “órgão competente do Tribunal de Justiça”, prevista no mesmo dispositivo, a fim de estabelecer que caberá ao relator autorizar o prosseguimento das investigações. Tese: “É inconstitucional norma estadual de acordo com a qual compete a órgão colegiado do tribunal autorizar o prosseguimento de investigações contra magistrados, por criar prerrogativa não prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e não extensível a outras autoridades com foro por prerrogativa de função.”⁴⁹

3.9. Foro por prerrogativa de função x Tribunal do Júri

Entendia-se que o foro por prerrogativa de função, previsto na CF/88, prevalecia sobre a competência constitucional do Tribunal do Júri (era a Carta Maior excepcionando-se a si mesma). Dentro desse espírito, caso praticasse crime doloso contra a vida, o congressista seria julgado perante o STF, enquanto o parlamentar estadual, pelo Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal, se o caso).

49. ADI 5331/MG, Rel. Min. Rosa Weber, j. 06/06/2022.

Essa regra, contudo, não se aplicava aos vereadores, sem prerrogativa de foro, salvo se prevista na Constituição Estadual. Como a competência do júri integra a Constituição Federal, nos crimes dolosos contra a vida os vereadores sempre permaneceram sujeitos à decisão do Conselho de Sentença. Nesse sentido, aliás, foi editada a Súmula Vinculante nº 45: “A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual”.

Com as decisões proferidas pelo STF na Ação Penal 937 (a prerrogativa de foro incide apenas nos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele) e na ADI 558 (é inconstitucional a ampliação da prerrogativa em constituições estaduais), parece-nos que a súmula está superada, pois não é mais possível o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente na esfera estadual.

No mais, nem mesmo a prerrogativa de foro estabelecida na Constituição Federal subsistirá em relação aos crimes dolosos contra a vida, salvo em casos raríssimos, como, por exemplo, o de membro do Ministério Público que, no cumprimento de diligências no exercício de sua função, ceifa a vida de alguém. Eventual excesso no desempenho do seu mister será aquilato pelo Tribunal de Justiça (e não pelo Conselho de Sentença).

Capítulo IX

DISPOSIÇÕES FINAIS

Sumário • 1. Eficácia da sentença estrangeira; 2. Contagem do prazo; 3. Frações não computáveis da pena; 4. Conflito aparente de normas; 4.1. Especialidade (*lex specialis derogat legi generali*); 4.2. Subsidiariedade (*lex primaria derogat legi subsidiariae*); 4.3. Consunção (*lex consumens derogat legi consumptae*).

1. EFICÁCIA DA SENTENÇA ESTRANGEIRA

Na conformidade da lei brasileira (art. 935 do Código Civil e arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal), uma vez existente sentença condenatória na esfera criminal, pode ser o autor do crime responsabilizado civilmente, sem possibilidade de discussão meritória. Atualmente, com a reforma processual penal de 2008, o valor mínimo indenizatório pode, inclusive, ser fixado pelo juízo criminal, por ocasião da sentença, nos termos do artigo 387 do CPP¹.

Pode ocorrer, no entanto, que a sentença criminal seja proveniente de órgão jurisdicional estrangeiro, e, neste caso, deverá ser homologada no Brasil, exigindo-se, para tanto, que esteja provado o seu trânsito em julgado (súmula nº 420 do STF²). Esta homologação compete ao **STJ**, nos termos do artigo 105, I, “i” da CF/88 (incluído pela E.C nº 45/2004), merecendo releitura o artigo 787 do CPP, criado quando a atribuição era do STF.

A decisão de homologação da sentença estrangeira não atinge o seu mérito, vez que o Superior Tribunal de Justiça somente realiza um exame formal acerca do preenchimento dos requisitos elencados nos incisos do artigo 788 do Código de Processo Penal³.

1. O STJ, no julgamento do REsp. 1.193.083-RS, decidiu que, a fixação na sentença de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, com base no art. 387, IV, do CPP, depende de pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e a concessão de oportunidade de exercício do contraditório pelo réu.
2. STF. Súmula nº 420. Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado.
3. No mesmo sentido, confira-se a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: Art. 15. *Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal. (Vide art. 105, I, i da Constituição Federal).*

Reza o art. 9º. do CP:

“A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II - sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único – A homologação depende:

- a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;
- b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça”.

No que tange à obrigação de reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, haverá sempre necessidade de requerimento da parte interessada.

Já quanto à medida de segurança, para a sua homologação é necessário que haja tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a decisão ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

No caso de ações penais que tramitaram no estrangeiro, é preciso atentar para decisão proferida pelo STF sobre a interpretação mais adequada a ser conferida ao art. 8º do CP⁴. Segundo o tribunal, o dispositivo “deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”.⁵ Como vimos no estudo da eficácia da lei penal no espaço (Capítulo VII), se é vedada a dupla persecução pelos mesmos fatos, regras como a do art. 7º, § 1º ficam prejudicadas, pois, condenado ou absolvido no estrangeiro, o agente não pode ser processado novamente no Brasil, a não ser em casos excepcionais, como destaca a própria decisão.

No mais, nem todo o efeito de sentença estrangeira é condicionado. Efetivamente, há determinados efeitos que não dependem de homologação. Por exemplo, para que uma sentença gere efeitos de reincidência não é necessário que ela seja homologada no país. Como explica DAMÁSIO:

“A sentença penal estrangeira produz outros efeitos, com referência à reincidência, ‘sursis’ e livramento condicional. Nesses casos, seu reconhecimento não depende de homologação, como se percebe, a ‘contrario sensu’, do disposto no artigo 787 do CPP. Esta só é exigível quando se trata de execução de julgamento proferido no estrangeiro”⁶.

4. “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

5. HC 171.118/SP, Rel. Min, Gilmar Mendes, j. 12/11/2019.

6. Ob. cit. p. 178.

Por fim, se, literalmente, o art. 9º do CP permite que a sentença estrangeira seja homologada no Brasil apenas para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis e para sujeitá-lo a medida de segurança, é preciso fazer uma releitura para compatibilizá-lo com outros dispositivos que, nos últimos anos, têm inserido em nosso ordenamento jurídico outras possibilidades de que a sentença estrangeira tenha efeitos no país.

Uma dessas possibilidades é a transferência de condenados no âmbito da cooperação penal internacional.

Fundamentada em princípios humanitários, a transferência é possível para que um condenado no estrangeiro cumpra a pena no Brasil, próximo de sua família e em ambiente social e cultural mais próximo de suas origens. Isso facilita sua reintegração ao longo da execução penal. O pedido pode ser concedido se fundamentado em tratado de que o Brasil faça parte ou se houver promessa de reciprocidade de tratamento.

A transferência de presos condenados pode ser ativa ou passiva. Na definição do Decreto 9.199/17, é ativa quando o agente cumpre pena em outro país em decorrência de sentença estrangeira definitiva e solicita sua transferência para um estabelecimento penal no Brasil (art. 296). É passiva quando um estrangeiro cumpre pena no Brasil em razão de sentença condenatória proferida no país e solicita sua transferência para seu país de origem (art. 291). Nota-se que a característica essencial dessa espécie de transferência é a concordância do condenado, já que a medida é implementada sobretudo em seu próprio interesse.

O procedimento administrativo da transferência tramita no Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão submetido ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e responsável pela análise de admissibilidade do pedido. É iniciado por solicitação do condenado ou de qualquer pessoa ou autoridade, brasileira ou estrangeira, que tenha conhecimento do interesse da pessoa condenada em ser transferida. Uma vez efetivada a transferência para o Brasil, inicia-se um processo de execução penal, agora no Poder Judiciário.

A Lei 13.445/17 dispõe sobre a transferência de pessoas condenadas e estabelece os seguintes requisitos (art. 104): a) o condenado no território de uma das partes deve ser nacional ou ter residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra parte que justifique a transferência; b) a sentença deve ter transitado em julgado; c) a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir deve ser de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação; d) o fato que originou a condenação deve constituir infração penal perante a lei de ambos os Estados; e) deve haver manifestação de vontade do condenado ou, quando for o caso, de seu representante, assim como concordância de ambos os Estados.

Concluída a transferência, a competência para executar a pena é da Justiça Federal (art. 105, § 1º, da Lei 13.445/17). Isso não significa que o preso cumprirá a pena em estabelecimento federal, pois não existe um sistema penitenciário federal nos moldes em que há nos estados. Os estabelecimentos penais federais são de segurança máxima,

destinados a quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório (Lei 11.671/08). Na prática, a situação se assemelha à condenação pela Justiça Federal com a subsequente execução da pena na Justiça Estadual, como determina a súmula 192 do STJ – exceto se não for necessário o recolhimento do condenado. Em qualquer caso, é a Justiça Federal que permanece obrigada a prestar contas, por meio dos órgãos de chancelaria, sobre o andamento da execução ao país onde proferida a sentença condenatória.

A transferência do condenado só é possível se a duração e a natureza da pena imposta na origem permitirem sua execução no Brasil.⁷ Caso seja necessário, adaptações devem ser feitas para que a execução observe o ordenamento jurídico brasileiro, vedado, obviamente, qualquer agravamento em relação à pena originária.

O procedimento de transferência de condenados **não inclui** a homologação da sentença estrangeira. O dispositivo da Lei 13.445/17 que exigiria a homologação foi vetado sob o argumento de que não se trata de promover os efeitos da sentença originária em território nacional, mas tão somente de efetivar a transferência voluntária do preso em um procedimento baseado na simplificação, não na burocratização. Para **Vladimir Aras**, o procedimento tal como disposto atualmente é inconstitucional, porque contraria o art. 105, inc. I, *z*, da Constituição Federal, que atribuiu ao STJ a competência para homologar a sentença estrangeira para que haja efeitos no Brasil.⁸ O tribunal, no entanto, tem decisões nas quais nega a necessidade de homologação.⁹

Há também a transferência de execução penal, outro procedimento de cooperação. Neste caso, diferentemente do anterior, não há movimentação do condenado, mas tão somente do processo de execução da pena nas situações em que é possível a solicitação de extradição executória, mas inviável que se promova a entrega do indivíduo a outro país. É o caso do brasileiro nato condenado pela prática de crime no exterior que foge para o Brasil com o propósito de evitar as consequências penais de seus atos. Como dispõe o art. 5º, inc. LI, da Constituição Federal, “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. Dessa forma, transfere-se a execução da pena para o Brasil. Mas também é possível a transferência para a execução da pena de um estrangeiro com residência habitual no país.¹⁰

A transferência de execução penal dispensa a concordância do condenado, pois já não se trata de medida fundada em princípios humanitários para beneficiá-lo. O

7. O art. 75 do CP limita a privação da liberdade a quarenta anos. E o art. 5º, inc. XLVII, da CF/88 proíbe as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

8. *O juízo competente para a execução da pena de transcondenados*. Disponível em: [<https://vladimiraras.blog/2018/12/11/o-juizo-competente-para-a-execucao-da-pena-de-transcondenados/>]. Acesso em 04/11/2021.

9. HDE 2436, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/12/2018.

10. STJ: HDE 2.093, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/05/2019.

procedimento existe para evitar a impunidade de quem comete um crime em outro país e retorna em fuga ao Brasil. De acordo com o art. 100 da Lei 13.445/17, deve ser observado o *non bis in idem* e: a) o condenado em território estrangeiro deve ser nacional ou ter residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil; b) a sentença deve ter transitado em julgado; c) a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir deve ser de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação; d) o fato que originou a condenação deve constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e) deve haver tratado ou promessa de reciprocidade.

Tendo em vista que a transferência de execução é um procedimento que visa a implementar no Brasil a determinação de uma autoridade judiciária estrangeira, a sentença **deve ser homologada** pelo STJ, como dispõe o art. 101, § 1º, da Lei 13.445/17. Aqui já não têm lugar os argumentos para a dispensa da homologação na transferência de condenados.

2. CONTAGEM DO PRAZO

Em matéria penal, devem ser diferenciados os prazos processuais e os prazos penais.

Os **prazos processuais penais** seguirão a regra do artigo 798, § 1º, do Código de Processo Penal, não se computando o dia do começo, mas incluindo-se o do vencimento. O prazo que terminar em domingo ou feriado considerar-se-á prorrogado até o imediato dia útil (art. 798, § 3º) e a intimação feita na sexta-feira conduz ao início do prazo processual na segunda-feira seguinte – ou primeiro dia útil que se seguir (súmula nº 310 do STF).

Ao contrário do que ocorre com os prazos processuais, os **prazos penais** são **improrrogáveis** e na sua contagem o dia do começo é incluído no cálculo (art. 10, CP). Tal forma de cômputo se aplica a todos os prazos da lei material, tais como os de duração das penas, do *sursis*, do livramento condicional, da prescrição, da decadência, etc. Seguimos, para tanto, o calendário comum (gregoriano).

A diferença na contagem dos prazos foi fixada apenas e tão somente para **favorecer o réu**. Na contagem dos prazos processuais, não se considerando o dia de início, dá-se ao agente “um dia a mais” para lançar mão da providência processual adequada. Em contrapartida, como os prazos penais sempre correm em favor do réu, começam a ser contados um dia antes, sem possibilidade de prorrogação. Assim, se a prescrição se verifica no dia 22 de agosto, um domingo, será este o marco da extinção da punibilidade do Estado, por favorecer o agente¹¹.

Note-se que, embora insuscetível de prorrogação, o prazo penal pode ser suspenso ou interrompido, como ocorre nas hipóteses previstas nos artigos 116 e 117 do Código Penal, respectivamente.

11. Igualmente, caso o cidadão seja preso no dia 29 de abril às 22h, este dia será computado como um dia completo para efeitos do prazo. Sendo a pena de um mês, por exemplo, o cumprimento se encerrará no dia 28 de maio.

3. FRAÇÕES NÃO COMPUTÁVEIS DA PENA

Nos termos do artigo 11 do Código Penal, se o montante final da pena, resultante das operações previstas em lei, não for um número inteiro, deve o juiz desprezar as frações de dia nas penas privativas de liberdade e restritiva de direitos, e, na pena de multa, as frações de real¹².

Como bem observa **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**¹³, no caso das penas restritivas de direitos a previsão legal é dispensável, já que são elas sempre aplicadas em substituição às privativas de liberdade, e, portanto, já terá o magistrado desconsiderado as frações não computáveis da pena em momento anterior.

4. CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Há situações em que, ocorrido o fato, vislumbra-se a aplicação de mais de um dispositivo legal, gerando um conflito aparente de normas. Diz-se aparente porque, no plano da concretude, apenas uma norma será aplicada, vedando-se, obviamente, a incidência de várias normas em concurso, sob pena de retirar do Direito Penal o caráter sistemático e harmônico de que é dotado (ordenamento jurídico pressupõe ordem!)¹⁴.

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO bem elucida o assunto:

“Os tipos legais delitivos apresentam, via de regra, autonomia e independência para a captação dos fatos que se amoldam à figura estabelecida. Têm os tipos, destarte, em princípio, identidade própria, decorrente da estrutura que lhes é dada pela lei, de modo que cada figurino típico recortado na lei penal é distinto dos outros.

Algumas vezes, entretanto, os tipos se coordenam, relacionam e interpenetram, interagindo, de sorte que um mesmo episódio encontra a possibilidade de ser captado, alcançado e subsumido por mais de um tipo legal delitivo, sem que, no entanto, todos se apliquem”¹⁵.

Não se confunde conflito aparente de normas com sucessão de leis penais no tempo. No primeiro, duas leis vigentes disputam aplicação no caso concreto; no segundo, o conflito se dá entre lei vigente e lei revogada.

Conflito Aparente de Normas	Sucessão de Leis no Tempo
Lei vigente x Lei vigente	Lei revogada x Lei vigente

12. O dispositivo faz menção a “frações de cruzeiro”, termo que deve ser atualizado para a moeda corrente.

13. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 107.

14. O conflito aparente de leis penais não se confunde com o concurso de crimes: no primeiro, temos duas leis vigentes e um só fato (um crime); no segundo, temos vários crimes, podendo incidir pluralidade de leis em concurso.

15. *Direito Penal-Parte Geral*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 671.

Andreas Eisele¹⁶ bem resume os requisitos do conflito aparente de normas, facilitando ainda mais a compreensão do assunto:

a) a unidade do fato (considerado em sua totalidade, que pode se configurar de forma complexa, consistente no conjunto de diversas ações ou omissões conexas entre si);

b) a pluralidade de possibilidades de classificações jurídicas do fato, decorrente da correspondência entre suas características e os elementos constituintes de mais de uma hipótese típica, as quais podem ser definidas em um único dispositivo legal ou em mais de um (multiplicidade de possíveis tipicidades);

c) a vigência (e eficácia) concomitante (cumulativa) de ambos os dispositivos legais que definem as hipóteses típicas correspondentes ao fato; e.

d) a unidade do objeto material em relação ao qual foi orientado o comportamento realizado pelo sujeito, ou afetado em decorrência de uma forma imprudente de realização da conduta.

Em suma, são **pressupostos** do conflito aparente de normas a unidade de fato e a pluralidade de normas simultaneamente vigentes.

Verificados esses pressupostos, impõe-se a solução do conflito (aparente) para (A) assegurar a harmonia e coerência do sistema penal e, ao mesmo tempo, (B) evitar a possibilidade do *bis in idem*, que poderia ocorrer caso duas normas (aparentemente aplicáveis) incidissem sobre o mesmo fato.

Três são os princípios fundamentais válidos para resolver o aparente conflito: (I) especialidade; (II) subsidiariedade e (III) consunção¹⁷.

4.1. Especialidade (*lex specialis derogat legi generali*)

O princípio da especialidade está previsto no artigo 12 do Código Penal e determina que se afaste a lei geral para aplicação da lei especial.

Entende-se como lei especial aquela que contém todos os elementos da norma geral, acrescida de outros que a tornam distinta (chamados de especializantes). O tipo especial preenche integralmente o tipo geral, com a adição de elementos particulares.

Como exemplo, citamos a importação irregular de drogas. Num primeiro momento, duas normas, aparentemente, conflitam, disputando a punição do comportamento ilícito:

16. Ob. cit. p. 477.

17. O **princípio da alternatividade** tem validade e aplicação prática nos chamados crimes de conteúdo múltiplo (ou variado), isto é, tipos penais que contam com vários verbos nucleares (cf. art. 33 da Lei de Drogas, art. 12 do Estatuto do Desarmamento etc.). Nessas hipóteses, se o agente realiza vários verbos, porém, *no mesmo contexto fático e sucessivamente* (p. ex., depois de *importar* e *preparar* certa quantidade de droga, o agente *traz consigo* porções separadas para venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo o juiz considerar a pluralidade de núcleos praticados na fixação da pena. Percebe-se, portanto, que o princípio da alternatividade não resolve um conflito aparente de normas, mas conflito dentro da própria norma.

art. 334-A do CP (crime de contrabando) e o art. 33 da Lei nº 11.343/06 (crime de tráfico de drogas). Analisando as duas normas, não há como negar que a Lei de Drogas, no caso, derroga o crime do Código Penal, pois o artigo 334-A considera como contrabando o ato de importar ou exportar **qualquer** mercadoria proibida. Já a Lei nº 11.343/06 pune a importação de mercadoria proibida dotada de circunstâncias particulares. Não será qualquer produto importado ilegalmente que tipificará o crime de tráfico, mas somente **drogas** (produto especial). O art. 33 da Lei 11.343/06 tem, portanto, todos os elementos presentes no art. 334-A do CP e mais outro, especial. Deve prevalecer sobre a lei geral.

Em regra, a lei especial não sofre nenhuma consequência pela alteração da lei geral. No entanto, lembra **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**¹⁸, pode haver influência se a lei geral nova beneficia o réu de alguma forma. Exemplifica o autor: o artigo 85 da Lei nº 9.099/95 determina que, não efetuado o pagamento da pena de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade ou em restritiva de direitos, nos termos previstos em lei. No entanto, o artigo 51 do Código Penal foi alterado pela Lei nº 9.268/96, modificando a natureza da multa, que passou a ser tratada como dívida de valor. Neste caso, há clara incompatibilidade entre esses dispositivos. A alteração da norma geral conforma a norma especial.

Não interessa se o crime especial representa um *minus* (punido com menor rigor) ou um *plus* (punido com maior rigor) em comparação com o tipo geral. Não se trata de uma relação gradativa entre os injustos penais, mas comparativo-descritiva *in abstracto*. O infanticídio (art. 123 do CP), tipo especial relativamente ao homicídio (art. 121 do CP), é punido com pena menor (2 a 6 anos) quando comparado com o tipo geral (6 a 20 anos).

4.2. Subsidiariedade (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)

Uma lei tem caráter subsidiário quando o fato por ela incriminado é também incriminado por outra, em um âmbito de aplicação comum, mas com abrangência diversa. A relação entre as normas subsidiária e principal é de maior ou menor gravidade, e não de espécie e gênero, como na especialidade. A norma dita subsidiária atua apenas quando o fato não se subsume à norma principal.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita. É expressa quando a lei a prevê explicitamente, anunciando a não aplicação da norma menos grave quando presente a mais grave, normalmente utilizando expressões como “se o fato não constitui crime mais grave” (art. 132 do CP) e “se o fato não constitui elemento de crime mais grave” (art. 307 do CP).

Há subsidiariedade tácita quando um delito de menor gravidade cede diante da presença de outro de maior gravidade e integra, na qualidade de elementar, a descrição típica dele. É, por exemplo, subsidiário o dano em relação ao furto cometido mediante rompimento de obstáculo, pois integra o tipo penal qualificado.

Em ambas as hipóteses (subsidiariedade expressa ou tácita), ocorrendo o delito principal (o maior), afasta-se a aplicação da regra subsidiária (*lex primaria derogat lex subsidiariae*).

18. *Código Penal Comentado*. Ob. cit., p. 76.

ROGÉRIO GRECO não enxerga utilidade no princípio da subsidiariedade:

“Haja vista que problemas dessa ordem podem perfeitamente ser resolvidos pelo princípio da especialidade. Se uma norma for especial em relação à outra, como vimos, terá aplicação ao caso concreto. Se a norma dita subsidiária for aplicada, é sinal de que nenhuma outra mais gravosa poderia ter aplicação. Isso não deixa de ser especialidade”¹⁹.

No mesmo sentido, explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“A enunciação do princípio [da subsidiariedade], literalmente, tem o mesmo significado, em outras palavras, que o princípio da especialidade, pois aduz que o preceito da lei principal (tipo especial) prevalece sobre o que lhe é subsidiário e supletivo (tipo geral).

A importância do princípio examinado advém da sua colocação inversa.

Assim, sempre que um tipo especial não possa, por um motivo qualquer, abrigar tipicamente o episódio analisado, o tipo geral, subsidiário e supletivamente, como reserva do tipo especial (já que este contém todos os seus elementos), outorgará guarida típica ao fato.

(...)

Desse modo, se o fato concreto não contiver todos os elementos especializantes requestados pelo tipo especial e não lograr, consequentemente, nele se subsumir, não ficará, no entanto, atípico, pois terá sua tipificação projetada e transferida para o tipo geral, que, então, o compreenderá”²⁰.

4.3. Consunção (*lex consumens derogat legi consumptae*)

No princípio da consunção, ou da absorção, ocorre a continência de tipos, ou seja, o crime previsto por uma norma (consumida) não passa de uma fase de realização do crime previsto por outra (consuntiva) ou é uma forma normal de transição para o último (crime progressivo). Os fatos aqui não se acham em relação de espécie e gênero, mas de parte a todo, de meio a fim.

Podemos falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses:

(A) Crime progressivo: quando, para alcançar um resultado/crime mais grave, o agente passa, necessariamente, por um crime menos grave. No homicídio, por exemplo, é preciso antes praticar a lesão corporal, um mero crime de passagem para matar alguém.

(B) Progressão criminosa: o agente substitui o seu dolo e dá causa a resultado mais grave. Deseja praticar um crime menor e o consuma; em seguida, decide cometer um crime de maior gravidade e também o concretiza, atentando **contra o mesmo bem**

19. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 2. Niterói: Impetus, p. 89.

20. Ob. cit., p. 676.

jurídico. É o caso de alguém que inicialmente pretende apenas provocar lesão corporal, porém, após consumir os ferimentos, decide ceifar a vida do ferido, causando-lhe a morte. Somente incidirá a norma referente ao crime de homicídio (art. 121 do Código Penal), absorvendo-se a lesão corporal.

Crime progressivo, portanto, **não** se confunde com **progressão criminosa**: no crime progressivo, desde o início o agente quer cometer o crime mais grave, ao passo que na progressão criminosa há primeiro o dolo de cometer o crime menos grave, que se consuma, e em seguida há um novo propósito de executar outro crime mais grave. Em ambos os casos o agente responde por um só crime.

(C) “**Antefactum**” **impunível**: são fatos anteriores que estão na linha de desdobramento da ofensa mais grave. É o caso da violação de domicílio para praticar o furto. Note que o delito antecedente (antefato impunível) não é passagem necessária para o crime-fim (distinguindo-se do crime progressivo), é apenas um meio para alcançá-lo. Outros furtos ocorrem sem haver violação de domicílio. Também não há substituição do dolo (diferentemente da progressão criminosa).

E qual a diferença deste exemplo da violação de domicílio absorvida pelo furto para aquele do item anterior, em que o dano é subsidiário em relação ao furto qualificado? Não seria o dano também uma simples passagem para o furto e, portanto, objeto de consunção?

A diferença é que, naquele caso, um crime é **elementar** do outro. O dano integra a descrição típica do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. A violação de domicílio, por outro lado, não faz parte do tipo penal do furto em nenhuma de suas formas, razão pela qual o art. 150 não pode ser considerado uma norma em âmbito de aplicação comum mas com abrangência diversa do art. 155. Logo, se a violação de domicílio é cometida para viabilizar o furto, é absorvida na qualidade de crime-meio.

(D) “**Postfactum**” **impunível**: representa o exaurimento do crime principal praticado pelo mesmo indivíduo, que não é punido pela segunda conduta. Alguém que furta um automóvel e depois o danifica não pratica furto e dano. A conduta se subsume apenas ao furto, e o dano é considerado um fato posterior impunível.

Crime progressivo	Progressão criminosa	Antefato impunível	Pós-fato impunível
O agente, para alcançar um resultado/crime, passa necessariamente por um crime menos grave, denominado crime de passagem . (para matar o agente, necessariamente, deve ofender a integridade corporal da vítima).	Há dois fatos e o agente primeiro quer o menor e depois decide praticar o maior (no âmbito de proteção do mesmo bem jurídico), havendo, portanto substituição do dolo (o agente quer ferir. Depois de ofender a integridade corporal da vítima, decide matá-la).	São fatos anteriores, não obrigatórios , mas que estão na linha de desdobramento da ofensa mais grave , numa relação de fatos meios para fatos fins (violação de domicílio para furtar).	O agente, depois de já ofender o bem jurídico, incrementa a lesão . Pode ser considerado um exaurimento do crime principal (danificar o produto do furto)

Parte 2

TEORIA GERAL DO CRIME

Capítulo I

INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO CRIME

Sumário • 1. Introdução; 2. Infração penal, crime, delito e contravenção penal; 3. Diferenças entre crime e contravenção penal; 3.1. Quanto à pena privativa de liberdade imposta; 3.2. Quanto à espécie de ação penal; 3.3. Quanto à admissibilidade da tentativa; 3.4. Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira; 3.5. Quanto à competência para processar e julgar; 3.6. Quanto ao limite das penas; 3.7. Quanto ao período de prova do *sursis*; 3.8. Quanto ao cabimento de prisão preventiva e temporária; 3.9. Quanto à possibilidade de confisco; 3.10. Quanto à ignorância ou à errada compreensão da lei; 4. Sujeitos do crime; 4.1. Sujeito ativo; 4.2. Vítima e Sujeito passivo; 4.2.1 Vítima 4.2.1.1 Classificações de vítimas; 4.2.1.2 Vitimização; 4.2.1.3. Vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária; 4.2.2 Sujeito passivo; 5. Objetos (material e jurídico) do crime material; 6. Classificação doutrinária de crimes; 6.1. Crime material, formal e de mera conduta; 6.2. Crime comum, próprio e de mão própria; 6.3. Crime doloso, culposo e preterdoloso; 6.4. Crime instantâneo, permanente e instantâneo de efeitos permanentes; 6.5. Crime consumado e tentado; 6.6. Crime de dano e de perigo; 6.7. Crime simples, complexo, qualificado e privilegiado; 6.8. Crime plurissubjetivo e unissubjetivo; 6.9. Crime comissivo e omissivo; 6.10. Crime unissubsistente e plurissubsistente; 6.11. Crime habitual; 6.12. Outras classificações; 7. Substratos do crime.

1. INTRODUÇÃO

A teoria geral possibilita um eficiente método de trabalho visando a compreensão dos elementos necessários à configuração do crime, bem como dos pressupostos para imposição da sanção penal.

Trata-se do estudo dos contornos que devem estar presentes no fato jurídico (provinhos da vontade humana) para que possa concretizar, com justiça, o direito de o Estado punir seu autor (permitir que o fato seja punível). Como bem alertam JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“A dogmática penal deve possibilitar que se assegure com *certeza* e *garantias* que a um fato da vida real corresponda a uma pena ou uma medida de segurança. Os atores do fato criminoso (sujeito ativo e sujeito passivo), as instâncias chamadas a intervirem perante esse feito (polícia, promotores, juízes) e inclusive toda a comunidade como última destinatária das normas jurídicas devem ter a segurança de que a imposição de uma sanção penal responde a critérios científicos sérios, que não é resultado de uma atitude arbitrária ou caprichosa do intérprete. Justamente o Direito Penal, por ser o instrumento mais repressivo com que conta o Estado, requer um grau superior de sistematização, ou seja, de critérios lógicos para formular uma interpretação coerente, ordenada e fundamentalmente uniforme da Lei Penal. Por todos esses motivos a teoria do crime

aparece como um instrumento indispensável para a interpretação da Lei Penal, para conhecer seu conteúdo”¹.

2. INFRAÇÃO PENAL, CRIME, DELITO E CONTRAÇÃO PENAL

O conceito de infração penal varia conforme o enfoque.

Sob o **enfoque formal**, infração penal é aquilo que assim está rotulado em uma norma penal incriminadora, sob ameaça de pena.

Num **conceito material**, infração penal é comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal.

O **conceito analítico** leva em consideração os elementos estruturais que compõem a infração penal, que, segundo a orientação dominante, é um fato típico, ilícito e culpável.

No Brasil, **infração penal** é gênero, podendo ser dividida em crime (ou delito) e contravenção penal (ou crime anão, delito liliputiano ou crime vagabundo)². Adotou-se o sistema dualista ou binário. Essas espécies, no entanto, não guardam entre si distinções de natureza ontológica (do ser), mas apenas axiológica (de valor)³.

Conclui-se, com isto, que o rótulo de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano depende do valor que lhe é conferido pelo legislador: as condutas mais graves devem ser etiquetadas como crimes; as menos lesivas, como contravenções penais. Trata-se, portanto, de opção política que varia de acordo com o momento histórico-social em que vive o país, sujeito a mutações.

A título de exemplo, lembramos o leitor que o porte ilegal de arma de fogo, até o ano de 1997, configurava contravenção penal (artigo 19 da Lei de Contravenções Penais),

1. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.
2. O documento fundamental, no caso de crime, é o Código Penal, e em se tratando de contravenção penal, o Dec. Lei 3.688 de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Existem, contudo, leis extravagantes prevendo crimes ou contravenções penais, suprimindo as lacunas eventualmente apresentadas pelo CP e LCP.
3. É importante lembrar que o STJ, ao julgar se a condenação pela infração penal do art. 28 da Lei de Drogas (porte para uso próprio) servia ou não para reincidência, decidiu que não, nela enxergando um “minus” em relação à contravenção penal. Para a Corte Cidadã, o art. 28 da Lei de Drogas não é crime, nem contravenção. É menos que contravenção. É a mesma orientação que tem seguido o STF (RHC 178.512/SP, j. 22/03/2022), o que nos obriga a rever a divisão de infração penal, que não mais obedece a corrente dualista, mas um sistema tricotômico: crime, contravenção penal e infração penal “sui generis”. Essa posição hoje nascente foi defendida por Luiz Flávio Gomes desde a edição da Lei 11.343/06. Para a festejado jurista, a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente “crime”, mas não perdeu seu conteúdo de infração penal (de ilícito). A conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas continua sendo ilícita, mas cuida de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização “formal”, ou seja, a infração já não pode ser considerada “crime” (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, também se pode afirmar que o art. 28 retrata mais uma hipótese de despenalização moderada. Descriminalização “formal” e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da Lei de Drogas (houve um processo misto).

infração de menor potencial ofensivo. No ano de 1997 foi elevado à categoria de crime e, em 2003, algumas figuras chegaram a ser rotuladas como inafiançáveis (Estatuto do Desarmamento). A Lei 13.964/19 tornou hediondas algumas modalidades do crime. A conduta de portar arma de fogo sem autorização não mudou, mas sim a visão do legislador sobre a gravidade do comportamento. O mesmo ocorre com a conduta de fornecer bebida alcoólica para criança ou adolescente. Entendia-se que esta conduta não estava inserida no art. 243 da Lei 8.069/90 (crime), mas, sim, no art. 63, inciso I, do Decreto-lei 3.688/41 (contravenção). A Lei 13.106/15 alterou o art. 243 para nele inserir expressamente a bebida alcoólica, e revogou a contravenção penal. A mesma conduta, que era mera contravenção, passou a ser crime. Mudança de valoração do legislador⁴.

4. De acordo com as lições de Mariano Paganini Lauria (Preconceito de Raça e de Cor, Leis Penais Especiais, Ed. Juspodivm), o primeiro diploma normativo antirracista pátrio foi a Lei 1.390, de 03 de julho de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos (autor do projeto), editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, que “inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Fontes apontam como fato catalisador da elaboração da primeira lei penal antirracista do Brasil a indignação do então deputado federal mineiro Afonso Arinos de Mello Franco. O parlamentar mineiro, ao entrar em uma confeitaria no Rio de Janeiro acompanhado de seu chauffeur negro, teve este seu funcionário barrado em função de sua cor. A partir da “Lei Afonso Arinos”, o Brasil recebeu um marco legal que tipificava como infração penal – apesar de ter preferido a espécie contravenção, menos grave – a prática de discriminações com contornos raciais, o que inegavelmente representou um avanço legislativo. Interessante a justificativa apresentada ao projeto de lei pelo seu autor: “Por mais que se proclame a inexistência, entre nós, do preconceito de raça, a verdade é que ele existe, e com perigosa tendência a se ampliar. [...] Nada justifica, pois, que continuemos disfarçadamente a fechar os olhos à prática de atos injustos de discriminação racial que a ciência condena, a justiça repele, a Constituição proíbe, e que podem conduzir a monstruosidade como os “pogrooms” hitleristas ou a situações insolúveis como da grande massa negra norte-americana.” Assim, a Lei 1.390/51, no curso de seus nove artigos, disciplinou como contravenção penal, as seguintes condutas: negativa de atendimento em estabelecimento comercial ou de ensino (art. 1º); recusa de hospedagem em hotéis, pensões e congêneres (art. 2º); recusa de venda de mercadorias ou serviços em restaurantes, bares, confeitarias e locais assemelhados, desde que abertos ao público (art. 3º); negativa de atendimento em locais de diversões ou esporte, barbearias ou cabeleireiros (art. 4º); (...) recusa de inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso (art. 5º); óbice de acesso a cargos e empregos públicos ou nas forças armadas (art. 6º); negativa de trabalho em autarquias, concessionárias, empresas públicas e de economia mista, bem como empresas privadas. Além disso, o artigo 8º do aludido diploma normativo previa que, nos casos de reincidência, ocorridos em empresas e estabelecimentos particulares, o juiz poderia determinar a suspensão das atividades por prazo não superior a três meses. A Lei Afonso Arinos pecou pela casuística, limitando as condutas contravençionais a espaços determinados (como bares, restaurantes, hotéis, etc.) ou locais acessíveis ao público em geral, fazendo transparecer a ideia segundo a qual a discriminação é tolerada em espaços privados, fato que afetou irremediavelmente a sua aplicação. Apesar da baixíssima efetividade da Lei Afonso Arinos, por muitos anos acabou sendo ela o único instrumento legislativo disponível no ordenamento jurídico brasileiro a fim de coibir penalmente práticas racistas. Tal panorama só veio a ser alterado após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mandado constitucional obrigou o legislador a etiquetar o racismo como crime. A Lei, obediente, veio no ano seguinte (Lei 7.716/89). Após decisões proferidas pelo STJ e pelo STF inserindo a injúria racial no espectro do racismo, a Lei 14.532/23 incluiu expressamente a ofensa proferida em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional entre os crimes da Lei 7.716/89 (art. 2º-A).

- ☑ **Quais as consequências ao se adotar (ou optar) pela etiqueta de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano indesejado pelo meio social?**

É o que veremos no tópico seguinte.

3. DIFERENÇAS ENTRE CRIME E CONTRAÇÃO PENAL

Apesar de ontologicamente idênticos (aplicando-se às contravenções as regras gerais do CP), *crime* e *contravenção* possuem algumas diferenças trazidas pela própria lei:

3.1. Quanto à pena privativa de liberdade imposta

Nos termos do que disposto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal,

“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente” (art. 1º).

Percebam, portanto, que os crimes serão punidos com penas mais severas (reclusão ou detenção), enquanto as contravenções penais com penas menos severas (destacando-se a prisão simples, art. 6º da LCP, que não segue os rigores penitenciários daquelas).

Discute-se se os contraventores, condenados ao cumprimento de prisão simples, podem cumprir a pena em regime fechado. Para uma primeira corrente, o regime fechado poderia ser aplicado aos contraventores na hipótese de regressão de regime, nos moldes do art. 33, *caput*, *in fine*, do CP. Prevalece, contudo, posição contrária. THIAGO GANDRA⁵ bem explica que não se pode cumprir a pena de prisão simples em regime fechado, nem mesmo na hipótese de regressão, pois, “a LCP é expressa no sentido de que a prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário e o regime fechado é cumprido na penitenciária, segundo a LEP (art. 87); em segundo, porque a LCP também é expressa ao fixar que a prisão simples é cumprida em regime aberto ou semiaberto e, em terceiro, porque quando o legislador no art. 33 do CP, admitiu a regressão da pena de detenção ao regime fechado, o fez de forma expressa, sendo que o silêncio com relação à prisão simples é eloquente, ou seja, quer dizer que a vedação da regressão da prisão simples ao regime fechado foi uma opção do legislador, não cabendo ao intérprete ignorá-lo...”. Nessa linha de entendimento, o STF decidiu que não é possível o recolhimento do réu condenado pela prática de contravenção penal, para cumprimento da pena imposta, em cadeia pública, sabidamente em condições mais gravosas do que as reveladas pelo regime fechado mantido em penitenciárias. A pena de prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto”. (STF, HC69971/SP, relator: Min. Marco Aurélio, julgamento 02.03.1993, Segunda Turma).

5. *Lei das Contravenções Penais. Coleção Leis Especiais para Concursos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.34.

3.2. Quanto à espécie de ação penal

As contravenções penais são todas perseguidas mediante ação penal pública incondicionada, por força do artigo 17 da Lei das Contravenções Penais (Dec. Lei 3.688/1941)⁶. Os crimes, por sua vez, serão, em regra, processados mediante ação penal pública incondicionada, sendo de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada quando a lei dispuser em sentido contrário.

3.3. Quanto à admissibilidade da tentativa

A tentativa de crime é punida nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal. Por sua vez, muito embora possa ocorrer, no mundo dos fatos, a tentativa de contravenção penal **não é punível**, consoante disposição do artigo 4º da Lei de Contravenções Penais.

3.4. Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira

Como já estudado, presentes alguns requisitos, é possível a aplicação da lei brasileira a fato praticado fora do nosso território, nos termos do artigo 7º do Código Penal. Esta regra somente se aplica aos **crimes**, já que para as contravenções penais vige o artigo 2º da LCP, que determina que *“A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”*.

3.5. Quanto à competência para processar e julgar

A competência é matéria disciplinada pela Constituição Federal. O processo e julgamento de crimes serão de competência da Justiça Federal sempre que incidirem uma das hipóteses do artigo 109 da Carta Magna, sendo residual a competência da Justiça Estadual. No que tange às contravenções penais, entretanto, a competência será sempre da Justiça Estadual, salvo na hipótese em que o contraventor seja detentor de foro por prerrogativa de função que obrigue julgamento perante tribunal federal ou nacional (TRF, STJ ou STF). Note-se, a respeito do foro por prerrogativa, que o STF restringiu sua aplicação às condutas cometidas no exercício do cargo e em razão dele (QO na AP 937), e, no âmbito das contravenções, há uma que pressupõe o exercício funcional pelo sujeito ativo: deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação pública de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação (art. 66, I, do Decreto-lei 3.688/41).

6. Parte da doutrina passou a defender que a prática das vias de fato (art. 21 da LCP) seria hipótese de contravenção penal perseguida mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima. O fundamento seria o disposto no artigo 88 da Lei nº 9.099/95, que alterara a ação penal própria do crime de lesão corporal leve. Já que a lesão leve é conduta mais grave que aquela contravenção, argumentava-se que ambas deveriam ser processadas através de ação penal condicionada. Não obstante os reclames doutrinários, o STF não adotou a tese, compreendendo que a gravidade da conduta não é critério norteador para a aferição da ação penal respectiva, motivo pelo qual as vias de fato continuam sendo contravenção penal perseguida mediante ação incondicionada, inexistindo, até aqui, exceção ao artigo 17 da Lei de Contravenções Penais.

3.6. Quanto ao limite das penas

Nos termos do artigo 75 do Código Penal, o cumprimento da pena pelo cometimento de crime não excederá os 40 (quarenta) anos.⁷ A duração da pena de prisão simples, por sua vez, não poderá ser superior a 5 (cinco) anos, consoante o artigo 10 da LCP.

3.7. Quanto ao período de prova do *sursis*

O *sursis* é benefício previsto no artigo 77 do CP que significa a suspensão da execução da pena por prazo determinado, prazo este denominado de **período de prova**.

O período de prova para a suspensão da pena decorrente da prática de crime é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (excepcionalmente, de 4 a 6 anos), enquanto a Lei de Contravenções Penais fixa o prazo de 1 (um) a 3 (três) anos de suspensão da pena de prisão simples.

3.8. Quanto ao cabimento de prisão preventiva e temporária

A prisão preventiva não pode ser imposta pela prática de contravenção penal por interpretação do artigo 313 do Código de Processo Penal. Esta medida cautelar restringe-se à prática de crime.

A prisão temporária, por sua vez, somente pode ser aplicada às infrações penais listadas em rol taxativo previsto no artigo 1º, III, da Lei nº 7.960/89, rol no qual não se incluiu qualquer contravenção penal.

Aliás, no que se refere a essa modalidade de prisão (temporária), o plenário do STF julgou duas ações (ADIs 3.360 e 4.109) que tratavam da validade constitucional da Lei 7.960/89. Ficou decidido que a prisão é constitucional, mas somente se justifica quando, cumulativamente:

- 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I);
- 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;
- 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, §2º, CPP);
- 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP);
- 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, §6º, CPP).

7. O limite, que antes era de trinta anos, foi ampliado pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime). Considerando que se trata de norma que torna mais rígido o cumprimento da pena, é irretroativa, aplicando-se apenas aos crimes cometidos após sua entrada em vigor.

3.9. Quanto à possibilidade de confisco

Somente é possível o confisco de bens que configurem produto do **crime**, excluída a possibilidade deste efeito penal da sentença condenatória em relação às contravenções penais.

3.10. Quanto à ignorância ou à errada compreensão da lei

Nas contravenções penais, a ignorância ou a errada compreensão da lei, quando escusáveis, podem fazer com que a lei deixe de ser aplicada (art. 8º do Decreto-lei nº 3.688/41). Tratando-se de crime, por outro lado, o desconhecimento da lei é inescusável; serve no máximo como atenuante de pena (arts. 21 e 65, inciso II, do Código Penal).

Em resumo:

	Crime	Contravenção Penal
Tipo de pena privativa de liberdade	Reclusão/detenção e/ou multa	Prisão simples e/ou multa
Espécie de ação penal	Ação penal privada e ação penal pública (condicionada ou incondicionada)	Ação penal pública incondicionada
Punição da tentativa	Pune a tentativa	Não pune a tentativa
Regras da extraterritorialidade	Admite extraterritorialidade da lei penal	Não admite a extraterritorialidade da lei
Competência para processo e julgamento	Justiça Federal e Justiça Estadual	Justiça Estadual
Limite de cumprimento da pena	40 anos	5 anos
Período de prova do <i>sursis</i>	2 a 4 anos ou 4 a 6 anos	1 a 3 anos
Cabimento da prisão preventiva e temporária	Cabe nas hipóteses do artigo 313 do CPP e artigo 1º, III, da Lei nº 7.960/89	Não cabe
Possibilidade de confisco	Só instrumentos do crime podem ser confiscados	Não se admite confisco de instrumento de contravenções
Ignorância ou errada compreensão da lei	O desconhecimento da lei é inescusável; serve no máximo como atenuante de pena	A lei pode deixar de ser aplicada quando a ignorância ou a errada compreensão for escusável

Diante desse quadro, o legislador, quando pensa em criar uma infração penal, deve decidir se vai etiquetar o comportamento ilícito como crime ou contravenção penal. Na sua decisão, deve (ou deveria) considerar as diferenças acima. A sua opção pode gerar a punição (ou não) da tentativa; pode impedir (ou não) pena de reclusão ou detenção; repercute no tipo de ação penal e na extraterritorialidade da nossa lei; repercute, de forma direta, na possibilidade (ou não) de prisão provisória e confisco.

Feito esse alerta, vamos, em seguida, analisar os sujeitos, objetos e substratos da infração penal. Por questões de metodologia, o tema será abordado considerando apenas o crime, mas fica o leitor ciente de que as conclusões, no que couber, devem ser estendidas às contravenções penais.

4. SUJEITOS DO CRIME

4.1. Sujeito ativo

Sujeito ativo do crime é a pessoa que pratica a infração penal. Qualquer pessoa física capaz de discernimento e autodeterminação, com 18 (dezoito) anos completos pode ser sujeito ativo de crime.

☒ **Pessoa jurídica pode figurar como sujeito ativo de crime?**

A CF/88, no art. 225, § 3º, anuncia:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (grifos adotados).

Seguindo o mandato constitucional de criminalização, nasceu a Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). Reza seu art. 3º, *caput*: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e **penalmente** conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Tais normas, conjugadas, geraram indisfarçável controvérsia, havendo três correntes abordando o tema:

1ª corrente: a pessoa jurídica não pode praticar crimes (*societas delinquere non potest*), nem ser responsabilizada penalmente. A empresa é uma ficção jurídica, um ente virtual, desprovido de consciência e vontade. A intenção do Constituinte não foi, jamais, criar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. **JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI** esclarece:

“O texto do § 3º do art. 225, da CF apenas reafirma o que é de domínio público, ou seja, que as pessoas naturais estão sujeitas a sanções de natureza penal, e que as pessoas jurídicas estão sujeitas a sanções de natureza jurídica. O legislador constitucional, ao que tudo indica, em momento algum pretendeu, ao elaborar o texto da Lei Fundamental, quebrar a regra por ele próprio consagrada (art. 5º, XLV) de que a responsabilidade penal é, na sua essência, inerente só aos seres humanos, pois estes, como afirmamos antes, são os únicos dotados de consciência, vontade e capacidade de compreensão do fato e de ação (ou omissão) conforme ou desconforme ao direito”⁸.

Conclusão: a pessoa física pode ser responsabilizada administrativa, tributária, civil e penalmente; a pessoa jurídica, administrativa, tributária e civilmente (jamais penal, pois não pratica crime).

2ª corrente: apenas pessoa física pratica crime. Entretanto, nos crimes ambientais, havendo relação objetiva entre o autor do fato típico e ilícito e a empresa (infração

8. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.135.

cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade), admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Assim pensa **FERNANDO GALVÃO**:

“Para a responsabilidade da pessoa jurídica utiliza-se a teoria do delito apenas para identificar a autoria de crime naquele que atua em nome ou em benefício do ente moral. Sempre dependente da intervenção de pessoa física, que responde criminalmente de maneira subjetiva, a pessoa jurídica não apresenta elemento subjetivo ou consciência da ilicitude que viabilize comparação com as construções da teoria do delito. A responsabilidade da pessoa física é subjetiva, pois deve-se aplicar a teoria do delito com as suas exigências de natureza subjetiva. A responsabilidade da pessoa jurídica, no entanto decorre da relação objetiva que a relaciona ao autor do crime”⁹.

Conclusão: apesar de somente a pessoa física praticar crimes, ela e a jurídica serão responsabilizadas administrativa, tributária, civil e penalmente.

3ª corrente: a pessoa jurídica é um ente autônomo e distinto dos seus membros, dotado de vontade própria. Pode cometer crimes ambientais e sofrer pena. A CF/88 autorizou a responsabilidade penal do ente coletivo, objetiva ou não. Deve haver adaptação do juízo de culpabilidade para adequá-lo às características da pessoa jurídica criminosa. É certo que na pessoa jurídica jamais será identificada a potencial consciência da ilicitude, mas o fato de a teoria tradicional do delito não se amoldar à pessoa jurídica não significa negar sua responsabilização penal, demandando novos critérios normativos. Faz-se, no caso, um juízo de reprovação:

“No momento de aplicar a lei, o julgador pode encontrar uma conduta e chegar a um juízo de reprovação social e criminal. Ao analisar o caso prático, com suas provas e circunstâncias, sendo reprovável a conduta da empresa, poderá essa vir a ser condenada. Não se trata de responsabilidade penal objetiva e nem responsabilidade penal por fato de terceiro. Isso se dá pois a autoria do fato e a prova da materialidade não significam, necessariamente, uma condenação. É feito um juízo valorativo sobre a reprovação social da conduta”¹⁰.

Não se ignora, porém, que sua responsabilização está associada à atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa).

Conclusão: tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica praticam crimes (ambientais), podendo ambas ser responsabilizadas administrativa, tributária, civil e penalmente. A pessoa jurídica, no entanto, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção

9. GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2003, p. 70.
10. SILVA, Ivan Luís Marques da. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: 21 anos da previsão constitucional e 11 anos da previsão legal: um balanço necessário*. RT. vol. 8. p. 25/59. Out/2010.

de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme dispõe o art. 3º da Lei 9.605/98. Esta corrente chegou a ser adotada pelo STJ¹¹. O STF, no entanto, decidiu em sentido diverso, concluindo que a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da pessoa física. Argumentou-se que a obrigatoriedade de dupla imputação caracterizaria afronta ao art. 225, § 3º, da Constituição Federal, pois condicionaria a punição da pessoa jurídica à condenação simultânea da pessoa física:

“É admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa.

(...)

No mérito, anotou-se que a tese do STJ, no sentido de que a persecução penal dos entes morais somente se poderia ocorrer se houvesse, concomitantemente, a descrição e imputação de uma ação humana individual, sem o que não seria admissível a responsabilização da pessoa jurídica, afrontaria o art. 225, § 3º, da CF. Sublinhou-se que, ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física. Ressaltou-se que, ainda que se concluísse que o legislador ordinário não estabeleceu por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não haveria como pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos”¹²

Seguindo a mesma tendência, o STJ tem decidido que a imputação criminal pode recair exclusivamente na pessoa jurídica:

“1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.” (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte”¹³.

A adoção de uma ou outra teoria tem relevância nas situações em que a pessoa física tenha atuado sob a incidência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Exigida a responsabilização conjunta, se a pessoa física praticou o fato típico, por exemplo, em estado de

11. RMS 37293, Quinta Turma, Min. Laurita Vaz, DJe 09/05/2013.

12. RE 548.181, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 19/06/2013.

13. RMS 39173/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 13/08/2015.

necessidade, ou se o praticou porque lhe era inexigível conduta diversa, a responsabilidade penal da pessoa jurídica desaparece. Cindida, no entanto, a responsabilidade, as excludentes podem beneficiar tão somente a pessoa física. Jean Pradel, em artigo no qual trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês, sobre esse assunto assevera:

“Há uma corrente doutrinária que entende que um ente jurídico poderá ser condenado mesmo que seu dirigente tenha sido declarado irresponsável e em apoio à sua tese ela cita dois exemplos. Veja-se, primeiro, o caso de uma estação de depuração de uma comuna que conduziu à poluição de um rio, porque as finanças municipais não permitiram a sua manutenção conveniente; o prefeito não pode ser condenado porque, para ele, esta situação se constituiria em caso de coação irresistível, em virtude da exiguidade das finanças municipais. Segundo exemplo: a absolvição de um diretor, acometido de graves problemas mentais, não impede a condenação da pessoa jurídica que não foi diligente ao ter conservado no posto diretivo um doente mental.

Há, evidentemente, o problema genérico da escolha entre o dolo/culpa da pessoa jurídica e dolo/culpa da pessoa física do dirigente. Nós o vemos sob um aspecto particular. Na verdade, a questão pode ser resolvida por ela mesma: a partir do momento em que uma pessoa jurídica somente é, em princípio, responsável se o dirigente também o é, ela não o será se o diretor for beneficiado por uma excludente de ilicitude, se ele foi coagido, se é doente mental ou vítima de um erro invencível. Assim, por exemplo, se a decisão foi tomada coletivamente por um diretório onde todos os membros sofreram coação irresistível, nenhuma persecução será possível contra ninguém”¹⁴.

☑ E se, constatada a prática de um crime, a pessoa jurídica for dissolvida durante a apuração ou o processo criminal?

Não vemos óbice à continuidade da apuração ou do processo, nem à aplicação da pena, desde que isso ocorra antes da liquidação. É que o art. 51 do Código Civil dispõe que “Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua”. Logo, até o momento em que se dê a liquidação, a pessoa jurídica deve responder por suas obrigações, embora nem todas as penas sejam compatíveis com a situação da pessoa jurídica em dissolução. O art. 21 da Lei nº 9.605/98 estabelece a possibilidade de aplicação das penas de multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade, mas somente a primeira é cabível nessa situação, pois as demais, dadas as suas características, pressupõem que a pessoa jurídica esteja no desempenho de suas atividades¹⁵.

14. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês ensaio de resposta a algumas questões chave*. RT. vol. 3. p. 637/653. Out/2010.

15. Não é diversa a solução adotada no direito francês, cujo Código Penal estabelece que a dissolução da pessoa jurídica impede ou paralisa a execução da sentença, mas é possível proceder para o

O STJ já decidiu que, extinta legalmente a pessoa jurídica, sem indícios de ação fraudulenta para se furtar à punição, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, extinguindo-se a punibilidade:

“1. A conduta descrita na denúncia foi supostamente praticada pela sociedade empresária AGRÍCOLA JANDELLE S.A., posteriormente incorporada por SEARA ALIMENTOS LTDA. 2. A incorporação gera a extinção da sociedade incorporada, transmitindo-se à incorporadora os direitos e obrigações que cabiam à primeira. Inteligência dos arts. 1.116 e 1.118 do CC, bem como do art. 227 da Lei 6.404/1976. 3. A pretensão punitiva estatal não se enquadra no conceito jurídico-dogmático de obrigação patrimonial transmissível, tampouco se confunde com o direito à reparação civil dos danos causados ao meio ambiente. Logo, não há norma que autorize a transferência da responsabilidade penal à incorporadora. 4. O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento. 5. Extinta legalmente a pessoa jurídica ré – sem nenhum indício de fraude, como expressamente afirmou o acórdão recorrido –, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, com a consequente extinção de sua punibilidade. 6. Este julgamento tratou de situação em que a ação penal foi extinta pouco após o recebimento da denúncia, muito antes da prolação da sentença. Ocorrendo fraude na incorporação (ou, mesmo sem fraude, a realização da incorporação como forma de escapar ao cumprimento de uma pena aplicada em sentença definitiva), haverá evidente distinção em face do precedente ora firmado, com a aplicação de consequência jurídica diversa. É possível pensar, em tais casos, na desconsideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena. 7. Diversamente, a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, bem como os efeitos extrapenais de uma sentença condenatória eventualmente já proferida quando realizada a incorporação, são transmissíveis à incorporadora. 8. Recurso especial desprovido.”¹⁶

pagamento das custas judiciais e da multa, bem como para a execução do confisco de bens (PRADEL, Jean. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês ensaio de resposta a algumas questões chave*. RT. vol. 3. p. 637/653. Out/2010).

16. REsp 1.977.172/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 24/08/2022.

☑ **Pessoa jurídica de direito público pode ser responsabilizada penalmente por delito ambiental?**

Estabelecida a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de crime, outra controvérsia se instala quando o fato envolve pessoa jurídica de direito público autora de poluição.

A Lei nº 9.605/98, ao dispor sobre a punição da pessoa jurídica, estabelece que a responsabilização civil, administrativa e penal tem lugar em decorrência de atos ordenados pelo representante legal ou contratual no interesse ou benefício da entidade.

Inicialmente, destacamos haver uma diferença na relação existente entre a lei e as pessoas físicas e jurídicas de direito privado e entre a lei e o poder público. No primeiro caso, a lei transcende os indivíduos e os entes privados e representa a vontade do Estado na relação entre particulares. No segundo caso, a lei representa a própria vontade do Estado; não lhe é transcendente, mas inerente. Quando o Estado atua, o que se dá por meio dos órgãos da Administração Pública, o faz vinculado à sua própria vontade manifestada por intermédio da lei.

Mas qual é a vontade do Estado? Resumidamente, podemos afirmar que o Estado atua para garantir o bem comum por meio da manutenção da ordem e da criação de condições para que os indivíduos atinjam seus próprios fins de acordo com a ordem preestabelecida. Ou seja, o Estado não é um fim em si; atua sempre visando a um fim que lhe é superior.

Daqui retornamos à disposição da Lei nº 9.605/98 e indagamos: seria possível, dada a finalidade do Estado, um ente estatal agir no seu interesse ou benefício?

Há quem sustente que a omissão da Constituição e da Lei nº 9.605/98 em diferenciar, quanto à responsabilidade penal, as pessoas jurídicas de direito privado e de direito público não autoriza a conclusão de que ambas podem se submeter à pena criminal. Isto porque se trata de entes cuja natureza e propósitos não se confundem, e, por isso, não podem receber o mesmo tratamento, especialmente na esfera penal. Se o Estado não é um fim em si, mas atua com propósito que lhe transcende, não é possível que entidades públicas sejam equiparadas às privadas quando se trata de analisar suas finalidades.

Além disso, a punição criminal das pessoas jurídicas de direito público seria inadequada, pois em tais entidades, constituídas como meio para que o Estado atinja seus objetivos, seus dirigentes não atuariam, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.605/98, “no interesse ou benefício” da entidade. Se assim o fizessem, haveria abuso de sua função e desvio de finalidade, acarretando a punição dos próprios dirigentes. Seria, ademais, absurdo admitir que o Estado pudesse de alguma forma se beneficiar da prática de um delito.

Para esta corrente, pesa também o fato de que não se poderia admitir o Estado na qualidade de delinquente, não só porque seus fins se pautam sempre pela legalidade como em virtude de ser o próprio Estado o titular do *ius puniendi*, ou seja, a condenação o forçaria a aplicar a pena em si mesmo. E nessa situação haveria um efeito inusitado: o Judiciário, que condenaria o Estado criminoso, consequentemente se inseriria na órbita da criminalidade.

E mais: a reprimenda constituiria um ônus contra a própria sociedade, pois, independentemente da que fosse aplicada, a responsabilidade recairia sobre o Estado.

São, por exemplo, defensores da tese de que a pessoa jurídica de direito público não pode sofrer punição criminal, **GILBERTO e VLADIMIR PASSOS DE FREITAS**¹⁷.

Em outro extremo se encontram aqueles que sustentam positivamente essa possibilidade porque as normas que disciplinam a responsabilidade penal da pessoa jurídica (Constituição Federal e Lei nº 9.605/98) não excepcionam quanto às de direito público, devendo ambas receber tratamento isonômico. Afinal, se a lei não impõe barreiras, é de-feso ao intérprete fazê-lo.

Ademais, se o Estado se lança em atividades por meio de pessoas jurídicas, nada impede que tais entidades venham a delinquir. Neste particular, aliás, pode-se afastar o argumento de que os dirigentes da entidade de direito público não agem em benefício ou interesse dela, pois muito comum a constituição de pessoas jurídicas pelo Estado com a finalidade de atuar na esfera econômica, disputando mercado com o setor privado.

Adotada esta segunda orientação, cabe-nos esclarecer que nem todas as penas elencadas nos arts. 21 a 23 da Lei nº 9.605/98 são aplicáveis à pessoa jurídica de direito público.

O art. 21 estabelece que as penas aplicáveis às pessoas jurídicas são: multa, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade. Nos termos do art. 22, as penas restritivas de direitos são: **a)** suspensão parcial ou total de atividades; **b)** interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; **c)** proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. E o art. 23 determina que a prestação de serviços à comunidade consiste em: **a)** custeio de programas e de projetos ambientais; **b)** execução de obras de recuperação de áreas degradadas; **c)** manutenção de espaços públicos; **d)** contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Diante desse quadro, pode-se estabelecer que, enquanto a multa é sempre aplicada¹⁸, as penas restritivas de direitos não têm incidência indiscriminada, especialmente quando o crime é cometido no âmbito de pessoa jurídica vinculada à administração direta, como pelo próprio Município, por exemplo. Neste caso, não cabe considerar a imposição de suspensão de atividades, interdição de estabelecimento e notadamente proibição de contratar com o Poder Público. Já a pena de prestação de serviços à comunidade, a nosso ver, pode ser aplicada integralmente, pois nada impede que o ente público seja obrigado a adotar uma das medidas elencadas no art. 23 da Lei nº 9.605/98.

No tocante às sociedades de economia mista, o STJ, no RMS 39.173/BA (acima citado) admitiu, ainda que indiretamente, a responsabilidade penal. No julgado, em que o tribunal tratou da possibilidade de punição autônoma da pessoa jurídica – ou seja,

17. Crimes contra a natureza. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

18. Mesmo a possibilidade de aplicar a pena de multa é criticada por quem se manifesta contrariamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, pois, considerando que a multa é recolhida em favor do Estado, ter-se-ia a teratológica situação em que o Estado pagaria em seu próprio benefício, o que não passaria de realocação de orçamento.

independente dos dirigentes – a autoria delitiva recaía na PETROBRAS, à qual se imputava crime de poluição (art. 54 da Lei nº 9.605/98) durante a implantação de um gasoduto.

Note-se, finalmente, que a Lei nº 12.846/13 (em vigor a partir de fevereiro de 2014) dispõe a respeito da responsabilização administrativa e civil (não criminal) de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Esta Lei define os atos lesivos à Administração, que caracterizam, especialmente, corrupção e ilicitude na seara de licitações e contratos (art. 5º). Bem assim, é prevista responsabilização administrativa, consistente em multa e publicação extraordinária da sentença condenatória (art. 6º). A Lei igualmente estabelece o procedimento para a responsabilização administrativa (arts. 8º a 15), prevê acordo de leniência (arts. 16 e 17) e destaca que a responsabilidade administrativa não afasta a possibilidade de punição na esfera judicial (art. 18), nem impede as sanções decorrentes de ato de improbidade e de atos ilícitos em licitações (art. 30). Destaca-se, ademais, que a Lei nº 12.846/13 cria, no âmbito do Poder Executivo federal, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (art. 22) e determina que os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas devem informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, os dados relativos às sanções administrativas, por eles aplicadas, que decorrerem do art. 155 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Por fim, estabelece o art. 25 que as infrações de que trata esta Lei prescrevem em cinco anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que houver cessado.

O crime, quanto ao sujeito ativo, classifica-se em **comum**, quando o tipo penal não exige qualidade ou condição especial do agente (homicídio – art. 121 do CP); **próprio**, quando o tipo penal exige qualidade ou condição especial do agente (peculato – art. 312 do CP) e **de mão própria** quando além de exigir o tipo qualidade ou condição especial do agente, a execução do crime somente pode ser praticada por ele, caracterizando infração penal de conduta infungível (falso testemunho – art. 342 do CP)¹⁹.

4.2. Vítima e Sujeito passivo

Inicialmente, destacamos que as expressões sujeito passivo e vítima não são sinônimas, pois, como veremos, é possível haver, em decorrência de um fato, vítima que não seja sujeito passivo de infração penal. Nesse sentido, aliás, a Resolução 243/21 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. No seu art. 3º, anuncia:

Art. 3º Entende-se por vítima qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato

19. O assunto será tratado novamente – de forma detalhada – nos tópicos “concurso de agentes” e “classificação doutrinária dos crimes”. Adiantamos, no entanto, que, adotada a teoria do domínio final do fato, a distinção entre crime próprio e de mão própria fica enfraquecida, pois autor, de acordo com essa teoria, nem sempre se resume naquele que executa o verbo nuclear.

infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos, sendo destinatários da proteção integral de que trata a presente Resolução:

I - vítima direta: aquela que sofreu lesão direta causada pela ação ou omissão do agente;

II - vítima indireta: pessoas que possuam relação de afeto ou parentesco com a vítima direta, até o terceiro grau, desde que convivam, estejam sob seus cuidados ou desta dependam, no caso de morte ou desaparecimento causado por crime, ato infracional ou calamidade pública;²⁰

III - vítima de especial vulnerabilidade: a vítima cuja singular fragilidade resulte, especificamente, de sua idade, do seu gênero, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do fato de o tipo, o grau e a duração da vitimização terem resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições de sua integração social;

IV - vítima coletiva: grupo social, comunidades ou organizações sociais atingidas pela prática de crime, ato infracional ou calamidade pública que ofenda bens jurídicos coletivos, tais como a saúde pública, o meio ambiente, o sentimento religioso, o consumidor, a fé pública, a administração pública;

V - familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima.

Aplicam-se às pessoas jurídicas vítimas, no que couber, as medidas de proteção e os direitos assegurados nesta Resolução (§1º).

4.2.1. Vítima

SEPAROVIC conceitua vítima como sendo “qualquer pessoa física ou moral, que sofre com o resultado de um desapiedado desígnio, incidental ou acidentalmente”²¹.

Já de acordo com MENDELSON, vítima é “a personalidade do indivíduo ou da coletividade na medida em que está afetada pelas consequências sociais de seu sofrimento determinado por fatores de origem muito, diversificada, físico, psíquico, econômico, político ou social, assim como do ambiente natural ou técnico”.²²

Para o conceito de vítima, portanto, são observados parâmetros que podem, conforme o caso, restringir ou alargar a definição. Teríamos de buscar um conceito que indicasse a vítima como uma pessoa ou um grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, ou ainda entes abstratos, que sofrem intervenções em seus direitos, sejam eles quais forem, por ação ou

20. A Lei 14.717/23 tem como objeto vítimas indiretas ao instituir pensão especial nos casos de feminicídio. A lei beneficia os filhos e dependentes menores de 18 (dezoito) anos órfãos da vítima do crime.

21. *Apud* PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia – Evolução no tempo e no espaço, p. 89.

22. PIEDADE JÚNIOR, Heitor, Ob. cit. p. 88.

omissão de terceiros ou dela própria, ou ainda por intervenções oriundas de casos fortuitos e de força maior.

Vítima e sujeito passivo não se confundem porque *vítima* compreende uma definição mais abrangente que engloba tanto situações nas quais existe crime quanto aquelas nas quais não há crime nenhum. Mas, havendo o crime, tem-se que sujeito passivo e vítima se reúnem na mesma pessoa.

Para espantar dúvidas, vamos trabalhar um caso de suicídio, ato em que uma pessoa, de nome JOÃO, decide voluntariamente interromper sua própria vida. Suicídio não é crime, mas, ainda assim, tem vítima, no caso, JOÃO. Agora imaginemos que alguém, ANTONIO, tenha participado do suicídio. Participar de suicídio, induzindo, instigando ou auxiliando o suicida, é crime previsto no art. 122 do CP. O suicida, nesse segundo exemplo, é vítima e sujeito passivo de um crime. ANTONIO, por sua vez, sujeito ativo.



Conforme ensina MOLINA²³, a importância da vítima para o estudo da criminalidade passou por três fases absolutamente distintas:

(A) Protagonismo: estendeu-se desde os primórdios até a Idade Média. A vítima era grande referência nessa época, vigorando a Justiça Privada, e na qual o Estado pouco atuava para a regulamentação da pena decorrente da prática delitiva. A vítima era preponderante para a definição da forma como seria apenado o delinquente; era quem assumia o protagonismo no estudo do crime.

(B) Neutralidade: com a assunção do Estado na regulamentação do crime, e ultrapassada a fase da Justiça Privada, a vítima viveu verdadeiro momento de neutralidade e indiferença daqueles que estudavam a Criminologia.

Mesmo quando se passa a estudar a Criminologia pelas escolas modernas, observa-se que a vítima, durante anos, não foi objeto de estudo por esta ciência, mas apenas o delito e o delinquente.

A perda de protagonismo da vítima é derivada da estruturação do Estado, que passa a organizar a sociedade com normas e regras, dentre as quais a forma de punição, retirando

23. Ob. cit., p. 67.

dos domínios da vítima a possibilidade de punir o agressor, ainda que da mesma forma como fora agredida.

A pena não é mais uma mera garantia do direito do ofendido. É uma forma de garantia coletiva, embora não perca a face de castigo ao delinquente. Por ser uma garantia coletiva, de uma ordem generalizada, ganha interesse do Estado, que passa a comandá-la e a tecer regras sobre como e em que proporção seria aplicada, sem que necessariamente a vítima fizesse parte desse contexto. Ganha força o Estado, enquanto a vítima é desprestigiada, praticamente abandonada pelos estudos criminológicos. Não era mais primordial e beirava a irrelevância.

(C) Redescobrimiento: evidente que tratar a vítima como elemento insignificante no contexto criminológico era inconcebível. A vítima faz parte de todo o processo do crime, e não raras vezes exerce papel de tamanha relevância que pode se sobrepor ao do próprio delinquente. É fundamental o estudo do ofendido e de seu comportamento para se compreender o crime como um todo.

Ora, se a vítima sofre em várias frentes (patrimonial, corporal etc.), evidente que o estudo deve observar qual a relação existente entre as consequências por ela suportadas e o crime praticado. Mas não apenas isso. É de suma importância que seu comportamento seja observado durante o todo o trajeto do delito (aliás, antes mesmo de que aconteça).

MOLINA destaca outro aspecto fundamental dentro do estudo da vítima: a chamada “cifra negra” ou “cifra oculta”²⁴, representando a parcela de delitos cometidos e que não são comunicados pelas vítimas às autoridades responsáveis pela apuração. É, por exemplo, grandioso o número de vítimas de violência doméstica que jamais comunicam os crimes que sofrem, absorvendo aquela ocorrência em âmbito familiar por vergonha, por desejo de não exposição ou por aceitar a condição de vitimização que lhes é imposta. Esse número de crimes que não são comunicados é o que se chama de “cifra negra” ou oculta²⁵.

24. Ob. cit., p. 54.

25. Fala-se também nas cifras dourada, cinza, amarela, verde, azul, rosa, arco-íris e branca. A cifra dourada se relaciona aos criminosos pertencentes às camadas mais altas da sociedade (criminalidade do colarinho branco), normalmente ligados a delitos nos âmbitos político e econômico, e que por sua influência deixam de ser punidos. A cifra cinza corresponde a infrações penais que chegam ao conhecimento das autoridades policiais, mas que acabam não resultando em processo penal em virtude da composição promovida entre ofendido e ofensor ou da desistência da própria vítima. A cifra amarela corresponde à parcela de vítimas de crimes cometidos por abuso da função pública que não são comunicados às autoridades competentes por receio de represálias. A cifra verde se relaciona com os crimes ambientais que deixam de ser punidos em razão da dificuldade (ou da deficiência) para identificar seus autores. A cifra azul é relativa aos crimes cometidos pelos denominados blue-collars (alusão ao uniforme de gola azul utilizado por operários norte-americanos no início do século XX), pessoas menos favorecidas economicamente. A cifra rosa é ligada aos crimes contra mulheres, agredidas em razão da condição de sexo feminino, e que não chegam ao conhecimento dos órgãos de justiça criminal. A cifra arco-íris diz respeito aos crimes cometidos com viés homofóbico (alguns abrangem estes crimes na própria cifra rosa). E por fim, temos a cifra branca, cenário ideal (e utópico), retratando um conhecimento global das autoridades dos crimes ocorridos na sociedade, com a consequente e justa resposta estatal.

Sedimentou-se assim a terceira fase que indicava a importância da vítima, em verdadeiro ressurgimento, agora com enfoque diferenciado daquele realizado na fase de protagonismo. Para muitos, a maior conquista foi reconhecer a possibilidade de a Justiça Criminal assegurar para o sujeito passivo (ou familiares) a mínima reparação dos danos causados pelo crime. Fomenta-se a criação de mecanismos para fortalecer e ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que, de algum modo, compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida. A Lei 9.099/95, sem dúvida, é citada como real divisor de águas em nosso ordenamento. Entre diversas outras inovações introduzidas, destaca-se também a reforma do Código de Processo Penal em 2008, mais precisamente a Lei nº 11.719, que providenciou a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência do STJ, viabiliza a indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

(D) Humanização: sem desmerecer todo esse avanço, sugerimos uma nova etapa (ou, para os conservadores, um aprimoramento da terceira). A satisfação do sistema para com a vítima não deve ficar nas quatro linhas da reparação de dano. Deve ir além, assegurando-lhe o direito de acesso à Justiça sem discriminação. Para que não fique sem um rótulo, podemos tratá-la como a fase da **humanização do sistema penal**.

Podemos citar como emblemáticos exemplos dessa quarta fase as iniciativas que instituem protocolos de atendimento à vítima, respeitando a dignidade da pessoa humana, assegurando uma recepção não revitimizante e não discriminatória que garanta sua privacidade, especialmente em crimes contra a dignidade sexual que atingem mulheres, crianças e adolescentes.

De fato, não se pode negar que a intervenção institucional provoca, com maior ou menor intensidade, constrangimentos à vítima. O simples fato de rememorar o crime já serve de campo fértil para a revitimização, que, se não pode ser evitada por completo, deve ser reduzida ao máximo. Como? Com estratégias de tratamento afável e acolhedor, assegurando à vítima ambiente adequado para participar de cada fase da persecução penal. É o que se busca, por exemplo, na escuta especializada e no depoimento especial (Lei 13.431/17). A escuta especializada é, em resumo, a entrevista sobre situação de violência com a vítima perante órgão da rede de proteção, limitada ao relato espontâneo e estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade. Já o depoimento especial é o procedimento de oitiva da vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária. Também conhecido como “depoimento sem danos” (ou com redução de danos), é realizado de forma multidisciplinar (com auxílio especialmente de assistente social ou psicólogo), permitindo um ambiente menos constrangedor e mais propício para a busca da verdade. Embora a Lei 13.431/17 estabeleça um sistema de garantias para crianças adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, a nosso ver nada impede que seus mecanismos sejam utilizados nos casos de violência contra a mulher, em especial, delitos contra sua dignidade sexual.

Há também documentos internacionais de direitos humanos, como a Resolução n. 40/34 da ONU, aprovada pela Assembleia Geral em 29 de novembro de 1985. Além de

trazer um conceito amplo de vítima, a referida Resolução a recoloca em posição mais relevante no processo penal e estabelece direitos, entre os quais o acesso à justiça, o tratamento equitativo e o direito à informação sobre seus direitos. Explica **Antonio Scarance Fernandes**:

“A Declaração estabelece quais pessoas devem ser consideradas vítimas de crimes: aquelas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, neste compreendidas as lesões físicas e mentais, os distúrbios emocionais e as perdas econômicas, ou substancial desrespeito aos seus direitos fundamentais, através de ações ou omissões que constituem violações das leis criminais vigentes em um Estado membro, incluídas aquelas que punem o abuso criminoso do poder.

[...]

Na mesma linha, o Conselho da Europa, através de seu Comitê de Ministros, em reunião de 28 de junho de 1985, já fizera recomendações sobre a posição da vítima no quadro do direito penal e do processo penal. Referiu, de início, o esquecimento a que foi relegada, só vista como testemunha, olvidando-se os danos físicos, psíquicos, patrimoniais e sociais que sofre em razão do crime. Em seguida, incitando os Estados membros a reverem seus textos legais, especialmente em matéria processual, de modo a serem assegurados os direitos fundamentais da vítima, enuncia as recomendações que agrupa vários itens: relacionadas com a atuação da polícia judiciária; relativas à promoção da ação penal; referentes à audiência da vítima; alusivas à audiência de debates; sobre a prioridade do ressarcimento do dano na fase de execução; tendentes à proteção da vida privada; destinadas à proteção especial da vítima. O texto é encerrado com realce à necessidade de serem adotados procedimentos extrapenais de mediação e conciliação entre vítima e réu. Posteriormente, em 17 de setembro de 1987, o mesmo Conselho da Europa, novamente através do seu Comitê de Ministro, faz outras recomendações aos Estados membros sobre a assistência às vítimas e a prevenção da vitimização.”²⁶

Além de reduzir o espectro de revitimização com esses procedimentos humanizantes, deve ser coibida a violência institucional, discutindo-se estratégias de atuação do Estado na efetivação de políticas que assegurem esse novo paradigma. Todos os atores do sistema de Justiça, principais ou coadjuvantes, devem estar preparados para essa missão.

Outro ponto que tem ganhado relevância nesse movimento de humanização é a razoável duração do processo como direito não só do réu, mas também da vítima.

A razoável duração do processo raramente é encarada sob esse aspecto, mas o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que “toda pessoa” tem direito

26. FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 21-23.

ao prazo razoável (art. 8.1).²⁷ O mesmo faz a Constituição Federal, que garante a “todos” a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII).²⁸ Nenhuma das normas se limita implícita ou explicitamente ao investigado ou ao acusado.

No âmbito do processo penal, são muito comuns as referências à razoável duração do processo na perspectiva do investigado e do acusado, que, embora tenham a seu favor o cômputo do prazo prescricional, não podem ter contra si, mesmo dentro desse limite, inquéritos policiais e ações penais que tramitem por tempo além do necessário para a prestação jurisdicional. Com efeito, não são raras as decisões judiciais que ordenam o trancamento de inquéritos policiais que, tramitando há anos, não chegam a conclusões alguma. Também são frequentes decisões que determinam a libertação de indivíduos encarcerados provisoriamente por vários anos sem que a ação penal seja sentenciada.

Há, no entanto, outra perspectiva pela qual deve ser interpretada a razoável duração do processo: a da vítima. É preciso lembrar que um dos princípios mais relevantes na seara criminal é o da proporcionalidade, que, ao mesmo tempo, proíbe o excesso e exige a proteção eficiente (imperativo de tutela). A proibição do excesso contempla o ajuste da sanção penal à relevância do bem jurídico tutelado e às condições pessoais do agente. Por outro lado, impõe-se a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Ora, um processo criminal que se arrasta por anos a fio sem solução é um constrangimento bifronte (configurando excesso e proteção insuficiente). Não é razoável insistir apenas em proporcionar ao acusado o direito de ser julgado sem demora desnecessária; é preciso também incluir a vítima nessa perspectiva para lhe assegurar um pronunciamento judicial eficiente, que realize a justiça e lhe garanta – ou a seus familiares – a reparação integral.

A violação à razoável duração do processo nessa perspectiva foi um dos fundamentos para a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barbosa de Souza vs Brasil*, sobre a impunidade do homicídio que vitimou a jovem Márcia Barbosa de Souza em 1998. A Corte estabeleceu que violações de direitos humanos devem ser investigadas e punidas em tempo razoável para garantir às vítimas (e familiares) um acesso adequado à Justiça. No caso do homicídio de Márcia Barbosa de Souza, a duração não razoável do processo se evidenciou, sobretudo em razão da incidência indevida da imunidade parlamentar em favor do acusado, então deputado estadual (àquela altura, a ação penal era submetida a autorização do parlamento). Os quase dez anos transcorridos entre o crime e a sentença penal condenatória – que sequer chegou a ser cumprida devido à morte do acusado – evidenciam que a garantia foi violada. A Corte concluiu que a impunidade resultante da falta de resposta judicial agravou a situação dos familiares da vítima. É interessante notar que, seguindo a tendência estabelecida em outros

-
27. Art. 8,1. “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.
28. Art. 5º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

julgamentos (casos Suarez Rosero vs. Equador; Villagrán Morales e outros vs. Guatemala; Genie Lacayo vs. Nicarágua), a Corte corroborou que os direitos de acesso à justiça e ao devido processo legal não são exclusivos dos acusados; são também garantidos à vítima e seus familiares. Quem sofre violações de direitos humanos tem, portanto, justificativa para exigir a punição criminal de seus algozes. A perspectiva da Corte IDH sobre o direito de acesso à justiça pela vítima inclui os seguintes aspectos:

- a) acessibilidade: é necessário que o sistema de justiça seja acessível a todos, sem discriminação. Isso significa que a vítima, independentemente de sua origem étnica, gênero, status econômico ou social, deve ter igualdade de oportunidades para buscar justiça.
- b) acesso efetivo: além da mera possibilidade de buscar justiça, a Corte IDH enfatiza a importância de que o acesso à justiça seja efetivo. Isso inclui garantir que a vítima tenha acesso a recursos e procedimentos adequados para a resolução de suas reclamações, bem como o acesso a um julgamento justo e imparcial.
- c) proteção da vítima: é importante proteger a vítima de represálias ou intimidações ao buscar justiça. Isso inclui medidas para garantir sua segurança durante o processo judicial.
- d) reparação integral: o acesso à justiça não deve se limitar a processos judiciais, mas também deve incluir a possibilidade de a vítima receber reparação integral pelos danos sofridos. Isso pode incluir compensação financeira, medidas de satisfação (como um pedido público de desculpas) e medidas de não repetição.
- e) dever de investigar e punir: é obrigação do Estado investigar de forma adequada e punir os responsáveis por violações dos direitos humanos.

É também possível analisar essa questão sob a ótica do garantismo, que é mais abrangente do que apenas um sistema que estabelece critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando normas ou formas de controle social que se sobreponham aos direitos e garantias individuais. Nesse aspecto, o garantismo estabelece o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas, utilizando-se dos direitos fundamentais, que adquirem *status* de intangibilidade. Mas o garantismo tem uma dimensão mais compreensiva, chamada de “integral”, que se projeta além da limitação ao poder para determinar ao Estado que atue positivamente na proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, dentre os quais a vítima do crime. Nas palavras de DOUGLAS FISCHER e FREDERICO VALDEZ PEREIRA:

“O garantismo penal integral procura exatamente enfatizar que os direitos e os deveres fundamentais precisam ser compreendidos e aplicados na máxima medida possível, não se podendo esquecer jamais que há obrigação de o Estado agir positivamente para exatamente garantir também a proteção dos direitos fundamentais dos demais integrantes da sociedade, e não apenas daqueles que, por suas ações, possam ter violado o ordenamento jurídico. Não se pretende exclusão ou minimização de direitos fundamentais de

primeira geração, mas que eles são apenas mais uma engrenagem num sistema que contempla inúmeros outros valores, princípios e obrigações.”²⁹

O garantismo integral pressupõe, portanto, a valoração completa e coordenada de todos os postulados constitucionais – direitos e deveres –, e não apenas dos direitos individuais de investigados e acusados. O Estado é obrigado não somente a observar as limitações impostas pelas normas fundamentais, mas também a atuar positivamente para garantir segurança e eficiência. A atuação no campo da segurança consiste tanto em evitar, nos limites do possível, a prática de crimes, quanto em implementar os mecanismos de apuração, punição e reparação, e de lhes imprimir efetividade, fazê-los de fato atuar. E isso deve ser feito com eficiência, sob pena de jamais se alcançar os objetivos.

Em síntese, temos o seguinte:

Protagonismo	Neutralidade	Redescobrimto	Humanização do sistema penal
A vítima é a maior referência, predominando a Justiça Privada. A vítima (ou o grupo ao qual pertencia) tem um papel preponderante na definição da resposta ao agressor.	O Estado assume a tarefa de punir, esbocando a vítima. A preocupação centra-se no delito e no delinquente.	Exuma a importância da vítima. Para muitos, a maior conquista é reconhecer a possibilidade de a Justiça Criminal assegurar para o sujeito passivo (ou familiares) a mínima reparação dos danos causados pelo crime.	Garante à vítima o direito de acesso à Justiça, com igualdade, sem discriminação, em prazo razoável.

4.2.1.1. Classificações de vítimas

Vários autores buscaram classificar a vítima de acordo com o papel por ela exercido. Trataremos a seguir das principais classificações propostas.

De acordo com **Mendelsohn**³⁰, a classificação pode ser apresentada da seguinte forma:

(i) **Vítimas ideais:** são completamente inocentes, sem nenhuma vinculação com a ação delitiva;

(ii) **Vítimas por ignorância:** são aquelas consideradas menos culpadas que o delinquente;

(iii) **Vítimas provocadoras:** são aquelas consideradas tão culpadas quanto o delinquente;

(iv) **Vítimas agressoras:** são as únicas culpadas por estarem em tal situação.

29. FISCHER, Douglas. PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 3. ed. rev. atual. e ampl. com as 10 condenações do Brasil na Corte IDH e Resolução n. 123/2022 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 30.

30. *Apud* PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Ob. cit., p. 100.

Jimenez de Asúa³¹ classifica assim as vítimas:

(i) **Indiferentes**: são aquelas não definidas previamente pelo autor do crime. Ex.: assaltante de semáforo, que rouba o primeiro carro que encontra. A vítima desse assalto é indiferente ao autor do crime. Poderia ter sido qualquer outra que parasse no mesmo lugar.

(ii) **Indefinidas ou indeterminadas**: são aquelas que sofrem, de maneira absolutamente genérica, todos os tipos de agressões da sociedade moderna, do desenvolvimento e do progresso científico. Ex.: terrorismo e crimes cibernéticos.

(iii) **Determinadas**: são aquelas atingidas pelo delinquente que visava ao cometimento do delito especificamente contra elas. Ex.: homicídio realizado por paga ou recompensa.

Para **Guglielmo Gulotta**, advogado, psicólogo e professor de Psicologia Forense da Universidade de Turim, as vítimas se classificam em:

(i) **Vítimas falsas**: simuladas ou imaginárias. As **simuladas** são aquelas que atuam conscientemente ao provocar o movimento da máquina judiciária, com o desejo de gerar um erro judiciário ou ao menos alcançar a impunidade por algum fato delitivo que tenham cometido. As **imaginárias** são aquelas que erroneamente creem, por razões psicopatológicas ou por imaturidade psíquica, haverem sido objeto de uma agressão criminal.

(ii) **Vítimas reais**: fungíveis ou não fungíveis. **Fungíveis**, também chamadas inteiramente inocentes ou vítimas ideais, não intervêm, consciente ou inconscientemente, para que se desencadeie o fato delitivo. É importante ressaltar que as vítimas reais fungíveis ainda se subdividem em **acidentais e indiscriminadas**.

As **acidentais** são aquelas colocadas, por azar, no caminho dos delinquentes, como, por exemplo, aquelas que se encontram num banco no exato momento em que um grupo de assaltantes ali adentra para roubá-lo. Já as **indiscriminadas** representam uma categoria mais ampla que a anterior, pois não se vinculam de nenhuma forma com o infrator, como, por exemplo, as vítimas de atentados terroristas.

As vítimas reais não fungíveis desempenham certo papel na gênese do delito. Daí serem consideradas insubstituíveis na dinâmica criminal. Subdividem-se em **imprudentes, alternativas, provocadoras e voluntárias**.

Imprudentes são aquelas que omitem as precauções mais elementares facilitando, dessa forma, a concretização de um crime. Ex.: deixar à mostra um objeto valioso dentro de um veículo que esteja com os vidros abertos.

Alternativas são aquelas que, deliberadamente, se colocam em posição de ser, dependendo das circunstâncias, vítimas ou vitimários. Exemplo clássico mencionado pela doutrina é o duelo.

Provocadoras são aquelas que fazem surgir o delito, precisamente, como represália ou vingança pela prévia intervenção da vítima. Exemplos são os homicídios privilegiados cometidos após injusta provocação da vítima.

31. *Apud* PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Ob. cit., p. 101.

Voluntárias são aquelas que constituem o mais característico exemplo de participação. Nestes casos o delito é resultado da instigação da própria vítima ou de um pacto livremente assumido. Exemplo típico é a eutanásia.

Por fim, de acordo com o professor de Vitimologia **Elias Neuman**, as vítimas podem ser classificadas em:

(i) **Individuais:** são as vítimas clássicas, ou seja, aquelas resultantes das primeiras investigações vitimológicas baseadas na chamada dupla penal. Em outras palavras, são todas as pessoas físicas que figuram no polo passivo de um crime.

(ii) **Familiares:** são aquelas submetidas a maus-tratos e agressões produzidas no âmbito familiar ou doméstico, normalmente mulheres e crianças.

(iii) **Coletivas:** certos delitos lesionam ou põem em perigo bens jurídicos cujo titular não é a pessoa física. Destaca-se, assim, a despersonalização, a coletivização e o anonimato entre o delinquente e a vítima, que pode ser uma pessoa jurídica, a comunidade ou o próprio Estado. Exemplo dessa modalidade ocorre nos chamados delitos financeiros, nos crimes contra os consumidores, entre outros.

(iv) **Vítimas da sociedade e do sistema social:** esta modalidade vem se tornando cada vez mais corriqueira. Ex.: mortes diárias nos corredores dos hospitais públicos devido à falta de leitos; homicídios cometidos por milícias, etc.

4.2.1.2. *Vitimização*

“Vitimização, vitimação ou processo vitimatório é a ação ou efeito de alguém (indivíduo ou grupo) se autovitimar ou vitimizar outrem (indivíduo ou grupo). É o processo mediante o qual alguém (indivíduo ou grupo) vem a ser vítima de sua própria conduta ou da conduta de terceiro (indivíduo ou grupo), ou de fato da Natureza”³².

Aquele que pratica um ato que faz surgir uma vítima é também denominado vitimário. Em todas as situações de vitimização existe um vitimário e uma vítima, sendo que nos casos de autolesão as duas características se confundem em uma só pessoa. Havia tradicionalmente a ideia de que, nos processos de vitimização, o vitimário sempre deveria ser considerado a pessoa culpada pelo incidente. Este conceito está completamente ultrapassado e a Vitimologia acrescentou bastante para isso, indicando situações em que a vítima também é culpada pela sua condição e outras em que apenas ela é a culpada.

Com a evolução do estudo da Vitimologia, foi abandonada a ideia de contraposição de figuras e do isolamento do autor do delito como sendo seu único causador. A vítima, em muitas das oportunidades, colabora com o deslinde do fato criminoso em que está inserida. A partir disso, surge o que se convencionou denominar “precipitação da vítima”. É um conceito que parte do pressuposto de que muitas vezes a vítima está intimamente

32. PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Ob. cit., p. 107.

ligada à sua situação de vitimização. A questão ganha imensa importância em termos concretos, não apenas para a conclusão sobre a culpa, como também, caso se conclua pela sua existência, para que seja ponderado o grau. A definição desse grau é fundamental, por conseguinte, para a fixação da pena, como, aliás, dispõe o art. 59 do Código Penal.

São três as situações de vitimização:

(i) apenas o vitimário é culpado: tome-se como exemplo o atentado na Maratona de Boston em abril de 2013. Neste atentado, os irmãos chechenos Dzhokhar Tsarnaev e Tamerlan Tsarnaev programaram duas bombas que explodiram a poucos metros da linha de chegada. As explosões geraram 3 mortes e 264 pessoas feridas. Nota-se a inexistência de qualquer atuação das vítimas, que sequer conheciam os irmãos chechenos, tendo um deles alegado uma série de situações particulares de formação cultural para justificar o ato terrorista. Nenhuma destas justificativas tinha vinculação direta com as vítimas, que, como dito, desconheciam os agressores.

(ii) a vítima é a única culpada: temos aqui o exemplo do suicídio, desde que não seja induzido, auxiliado ou instigado.

(iii) há uma correlação de culpas entre o vitimário e a vítima: esta é a situação de maior complexidade na relação entre vitimário e vítima. Temos aqui três hipóteses³³:

A vítima é menos culpada que o vitimário (agressor): apesar de não ter nenhum tipo de relação com o vitimário, a vítima atua de forma imprudente, negligente e acaba sendo atingida pela ação criminosa. Exemplo típico é o do turista estrangeiro que ingresa por curiosidade em um bairro perigoso e é assaltado. Atuou por desconhecimento de causa e foi ali abordado criminosamente. É fato que não pretendia que o crime ocorresse, mas certamente colaborou com tal ato, ainda que involuntariamente. Teve culpa, embora muito menor que a culpa relativa ao vitimário.

A vítima é tão culpada quanto o agressor: neste caso, vítima e vitimário atuam de maneira praticamente idêntica Ex.: disputa de “racha”, em que ocorre a morte culposa de um dos participantes por acidente com veículo, figura tipificada pela Lei 9.503/97 em seu art. 308, § 2º. Neste caso, ambos os agentes concorreram com culpa de maneira bastante proporcional.

A vítima é mais culpada que o agressor: o exemplo clássico é o do homicídio privilegiado, expresso como causa de diminuição de pena no art. 121, § 1º do Código Penal: “*Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima*” fará jus à diminuição da pena. A vítima provoca severamente o agressor, que não tinha nenhuma intenção de cometer o crime, e faz com que ele atue de maneira desmedida. É a vítima que desencadeia o processo agressor do vitimário, sendo, portanto, mais culpada que ele.

Ressalte-se, no entanto, que embora possa haver concorrência de culpa entre vítima e vitimário, não há isenção de pena para este último, ainda que a vítima aja com maior

33. PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Ob. cit., p. 113.

culpa que ele. Isso porque, segundo preceito sedimentado, inexistente compensação de culpas em Direito Penal. No entanto, passa a ser de fundamental importância a identificação do grau de culpa do vitimário para a fixação de sua pena (nos moldes do art. 59 do Código Penal).

4.2.1.3. Vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária

A divisão de vitimização em graus é também relevante para o estudo desta matéria. Foi criada por **Marwin Wolfgang**, então presidente da Academia Americana de Ciências e Políticas Sociais dos Estados Unidos e considerado o maior criminólogo norte-americano. Para o autor³⁴, vitimização pode ser:

(i) **primária**: “é a utilizada para referir à vítima personalizada ou individual, que pode ser diretamente atacada e ferida em transgressão frontal, que é ameaçada ou tem uma propriedade furtada ou danificada”;

(ii) **secundária**: “refere-se geralmente a estabelecimentos comerciais. A vítima é pessoal, comercial e coletiva, mas não é tão difusa a ponto de incluir a comunidade como um todo”;

(iii) **terciária**: “exclui tanto o tipo primário como o secundário, e diz respeito a uma vitimização muito difusa que se estende à comunidade em geral e inclui crimes contra a ordem pública, a harmonia social ou a administração do governo”;

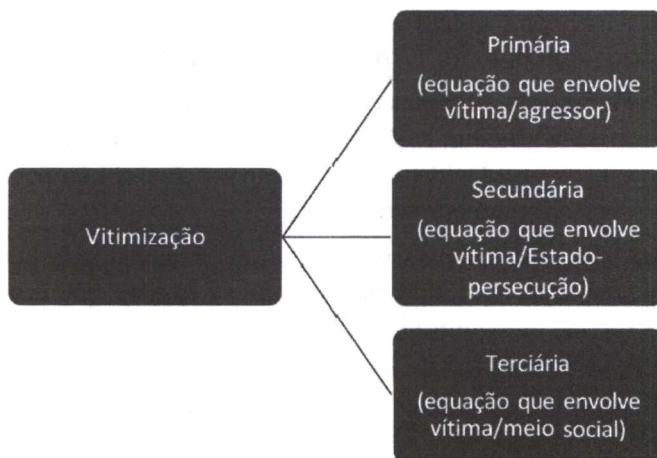
(iv) **mútua**: “exclui todas as anteriores e refere-se aos casos em que os participantes estão engajados em atos mutuamente consensuais, como por exemplo, o adultério ou o chamado rapto consensual”.

Há, no entanto, outra classificação que, embora utilize as mesmas denominações, tem significado diferente. Neste caso, a **vitimização primária** é aquela que decorre direta e imediatamente da prática delitiva. Ex.: a pessoa que sofre uma lesão corporal. A **vitimização secundária** é o produto da equação que envolve as vítimas primárias e o Estado em face do exercício do controle formal. Em outras palavras, é o ônus que recai na vítima em decorrência da operação estatal para apuração e punição do crime. Ex.: além de sofrer as consequências diretas da conduta (vitimização primária), uma pessoa que é lesionada deverá seguir a uma delegacia de polícia, aguardar para ser atendida, passar por um exame de corpo de delito, prestar depoimento em juízo, enfim, estará à disposição do Estado para que o autor do crime seja punido³⁵. A **vitimização terciária** é a provocada pelo

34. *Apud* PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Ob. cit., p. 101-102.

35. A Lei 13.505/17, alterando a Lei Maria da Penha, incluiu os arts. 10-A e 12-A buscando coibir a revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a sua vida privada. No mesmo sentido, a Lei 13.431/17 anuncia o depoimento sem dano de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. É o mesmo propósito da Lei 14.245/21, que inseriu os arts. 400-A e 474-A no CPP, e, no art. 81 da Lei 9.099/95, o § 1º-A para dispor que nas audiências de instrução e julgamento – em especial nas que apurem crimes contra a dignidade sexual –, todas as partes e os demais sujeitos processuais presentes no ato devem zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena

meio social, normalmente em decorrência da estigmatização trazida pelo tipo de crime. Exemplo clássico é a vítima de crimes contra a dignidade sexual, que, além de suportar o crime, sofre o preconceito de outras pessoas, que não a aceitam como anteriormente³⁶. Em resumo:



4.2.2. Sujeito passivo

O **sujeito passivo**, como já alertado, é a pessoa ou ente que sofre as consequências da infração penal (crime ou contravenção). Pode figurar como sujeito passivo qualquer pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente indeterminado, destituído de personalidade jurídica (ex.: coletividade, família, etc.), caso em que o crime é denominado vago.

O sujeito passivo classifica-se em:

(A) sujeito passivo **constante (mediato, formal, geral ou genérico)**: será sempre o Estado, interessado na manutenção da paz pública e da ordem social.

As normas penais emanam do Estado, de modo que, sendo ele titular do mandato proibitivo, será sempre lesado pela conduta do sujeito ativo.

de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento da lei, vedadas: a) a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; b) a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunha. Embora se mencione prioritariamente os crimes contra a dignidade sexual, a lei cria uma norma paradigma, um procedimento padrão que deve ser seguido sempre: vítima ou testemunha, em qualquer tipo de crime, deve ter seus direitos preservados. Esse modelo se aplica em toda a persecução penal, e não somente na fase do processo. Trata-se de norma de reforço. Aliás, é crime de abuso de autoridade (art. 15-A da Lei 13.869/19) submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade, a situação de violência ou outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização. O tipo, denominado *violência institucional*, foi inserido em nosso ordenamento pela Lei 14.321/22.

36. Tem sido debatida na doutrina moderna a **vitimização quaternária**, espelhando, em resumo, o medo, o receio, o pânico do indivíduo de ser (novamente) vítima de crime.

(B) sujeito passivo **eventual (imediato, material, particular ou acidental)**: é o titular do interesse penalmente protegido.

Embora seja o Estado o sujeito passivo formal, toda norma tem por finalidade a tutela de um interesse específico. É o titular desse interesse específico que se denomina sujeito passivo eventual. Poderá ser o homem (art. 121, CP, crime de homicídio), a pessoa jurídica (art. 171, § 2º, V, CP, crime de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro) e uma coletividade destituída de personalidade jurídica (crimes contra o respeito aos mortos). Nada impede que o Estado figure, ocasionalmente, como sujeito passivo, o que ocorre nos crimes contra a Administração Pública (hipótese em que o Estado será sujeito passivo formal e material simultaneamente).

A doutrina classifica o sujeito passivo eventual em **comum** ou **próprio**, se o tipo exige ou não qualidade ou condição especial do ofendido. No crime de homicídio, por exemplo, a vítima pode ser qualquer pessoa (sujeito passivo comum), enquanto no crime de infanticídio somente poderá ser vítima o nascente ou o neonato (sujeito passivo próprio). No caso de sujeitos ativo e passivo comuns, classifica-se o crime como **bicomum**; quando próprios, denomina-se **crime bipróprio**.

São considerados **crimes de dupla subjetividade passiva** aqueles que têm obrigatoriamente pluralidade de vítimas, como o artigo 151 do Código Penal, que prevê como infração penal a violação de correspondência (serão sujeitos passivos, simultaneamente, o remetente e o destinatário).

O **morto**, não sendo titular de direitos, não é sujeito passivo de crime. Punem-se, entretanto, os delitos contra o respeito aos mortos (arts. 209 a 212 do CP), sendo vítima, nesses casos, a coletividade. De igual modo, é punível a calúnia contra o morto (art. 138, §2º, CP), figurando como sujeito passivo a sua família.

☒ Os animais podem ser vítimas de crime?

A doutrina sempre ensinou que os animais não são vítimas, embora possam figurar como objeto material do delito, do qual é sujeito passivo o proprietário nos crimes patrimoniais (dano, furto, estelionato, etc.), ou a coletividade, no caso das infrações ambientais (art. 32 da Lei 9.605/98). Segundo **HUGO NIGRO MAZZILLI**,

“Considerados em si mesmos, os animais, plantas e coisas inanimadas, insuscetíveis a nossas noções de ética ou de valor moral, não são sujeito de direitos e deveres. Se existem obrigações dos homens em relação à preservação de animais e plantas, e até em relação aos seres inanimados, não é porque estes tenham direitos, mas porque os homens, sim, têm noção de valoração ética, e, estes, sim, individual ou coletivamente considerados, têm direitos e deveres, inclusive no que diz respeito às demais formas de vida e à preservação do meio ambiente em que vivem, aqui incluídos os seres inanimados. Se os animais tivessem direitos, deveríamos supor que eles os teriam mesmo que não houvesse homens, o que não seria verdade. Os direitos e deveres têm como seus titulares os homens, não os animais,

plantas e coisas, que são apenas objeto do Direito. Direito é noção de dever, ou seja, é algo próprio da valoração do ser humano em sociedade, supondo regras de comportamento, estabelecidas em razão e em proveito do convívio social. O homem é que é sujeito de deveres e obrigações, inclusive no que diz respeito à proteção de animais, plantas e recursos minerais do planeta.

Embora possam ser apontados sistemas normativos rudimentares em algumas sociedades animais, aos animais e plantas, mais do que lhes faltar capacidade do exercício de direitos (como ocorre em relação aos incapazes), falta-lhes a própria capacidade de gozo, o que não lhes retira a proteção como objetos do Direito”.³⁷

De fato, historicamente os animais sempre foram considerados coisas à disposição das pessoas e se inseriram sem restrições na noção de propriedade. A certa altura, com o início dos movimentos ecológico-ambientais, os animais começaram a ter proteção de normas de Direito Ambiental, não porque passaram a ser considerados sujeitos de direitos, mas sim por uma espécie de via reflexa ligada à ideia de que seriam bens ambientais.

Não obstante esse avanço na esfera ambiental, os animais continuaram a ser considerados bens para o Direito Civil e para o Direito Penal, tanto que são várias as disposições do Código Penal que os tratam na esfera dos crimes patrimoniais (art. 155, § 6º, art. 180-A, art. 162).

Ocorre que, nos últimos anos, a doutrina especializada tem colocado em xeque esse tratamento diante de princípios éticos cada vez mais difundidos na sociedade, que não tolera determinadas condutas contra seres que, por menos comparáveis ao homem em termos de consciência e racionalidade, são, na medida de suas limitações naturais, capazes de certos sentimentos. Sob a ótica jurídica, portanto, os animais devem deixar a categoria de objetos e passar à dos seres sencientes, capazes de prazeres e sofrimentos.

Há diversas correntes de pensamento a respeito da forma como deve ser a relação entre humanos e animais. As duas principais são a teoria do bem-estar animal e a teoria abolicionista, ou dos direitos dos animais.

A teoria do bem-estar sustenta a necessidade de um tratamento humanitário baseado na condição de seres sencientes dos animais. Há, portanto, deveres que os humanos devem cumprir em relação aos animais para evitar lhes causar danos desnecessários.

Já a teoria abolicionista, mais radical, defende que os animais são sujeitos de direitos no pleno alcance dessa expressão, o que resulta na absoluta impossibilidade de qualquer forma de exploração pelo homem. Nessa ótica, os animais têm direitos por si mesmos, não porque, em razão de princípios éticos, o homem deve zelar pelo seu bem-estar.

Nenhuma das teorias, no entanto, é satisfatória o bastante para fundamentar iniciativas no plano jurídico. Como lembra **MONIQUE MOSCA GONÇALVES**,

37. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158-159.

“Com a evolução do debate, percebeu-se que nenhuma das duas teorias seria capaz de fornecer uma base de sustentação sólida para o ordenamento jurídico, porque, por um lado, a teoria do bem-estar animal não consegue explicar as incongruências da conformação sociocultural que implica em diferentes graus de consideração de acordo com a espécie e o uso social do animal, e, por outro, a teoria abolicionista não encontra qualquer viabilidade de concretização, sob pena de causar verdadeira convulsão cultural. Com isso, ganharam notoriedade as vertentes intermediárias, em especial, duas: 1) o abolicionismo pragmático, que abraça a concepção de dignidade animal, mas defende uma estratégia de implementação progressiva de normas de bem-estar, de forma a proporcionar uma mudança cultural paulatina para abrir caminho às normas de cunho abolicionista; 2) a concepção de uma dignidade própria para os animais, condizente com a condição de ser senciente, de forma que implique no reconhecimento do valor intrínseco e consequente posição de direitos, mas sem implicar na absoluta vedação de instrumentalização, concepção que ficaria restrita ao princípio da dignidade da pessoa humana”.³⁸

Independentemente desse debate, é possível identificar no Brasil algumas iniciativas para modificar a perspectiva do tratamento jurídico dispensado aos animais. A própria Constituição Federal, já em 1988, vedou, no art. 225, § 1º, VII, práticas cruéis contra eles (um sinal de que o constituinte os enxergava como seres sencientes, pois, afinal, objetos insensíveis não podem sofrer tratamento cruel). E, na Câmara dos Deputados, tramita projeto de lei que pretende introduzir na Lei 9.605/98 a seguinte disposição: “Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos com direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e, em caso de violação, obter tutela jurisdicional, vedado o seu tratamento como coisa”.³⁹

No ano de 2016, em julgamento de grande repercussão, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4983/DF foi claramente influenciada pela teoria de que os animais devem ser tratados como seres sencientes. A ação questionava a conformidade constitucional de uma lei estadual cearense que disciplinava a prática da “vaquejada”, considerada uma espécie de manifestação cultural. O tribunal julgou a lei inconstitucional porque a prática nela disciplinada carrega uma crueldade intrínseca que não pode ser justificada pela manutenção de valores culturais. A respeito, destacamos o seguinte trecho do voto proferido pelo ministro **BARROSO**:

-
38. A descoisificação dos animais e a defesa dos seus interesses pelo Ministério Público: aspectos teóricos e práticos. CGMP Notícias. Informativo da Corregedoria-Geral do MPMG. 3 edição. Belo Horizonte, 7 de outubro de 2020.
39. PL 6.054/2019. O projeto ressalva que “A tutela jurisdicional referida no *caput* não se aplica ao uso e à disposição dos animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica nem aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade”.

“[...] 64. Reconheço que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade. Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos a crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado.

65. A Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impedem que manifestações culturais envolvam animais. O que elas vedam são manifestações culturais de entretenimento que submetam animais a crueldade. Em certos casos será possível, por meio de regulamentação, impedir a imposição desse tipo de sofrimento grave. O controle e o uso de animais por humanos podem ser compatíveis com a garantia de um tratamento minimamente decente a eles. Mas no caso da vaquejada, infelizmente, isso não é possível sem descaracterização dos elementos essenciais da prática”.⁴⁰

No âmbito infraconstitucional, a Lei 9.605 pune, desde 1998, os atos de praticar maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados (art. 32). Mas a pena cominada (detenção de três meses a um ano) não se mostrou suficiente para prevenir e punir atos de crueldade, especialmente contra animais domésticos. Diante das inúmeras notícias de crimes envolvendo sobretudo cães e gatos submetidos a atos de envenenamento e mutilação, o legislador decidiu recrudescer o tratamento penal dos maus tratos inserindo no art. 32 uma qualificadora para as situações em que a conduta recai nesses animais domésticos. A pena passou a ser de dois a cinco anos de reclusão (Lei 14.064/20).

A iniciativa suscita críticas diversas, a começar pelos próprios defensores da punição mais severa. Partindo do pressuposto de que animais são seres sencientes que merecem tutela adequada à sua condição, por que limitar o tratamento mais rigoroso a crimes cometidos contra cães e gatos? Há incontáveis outras espécies que podem ser submetidas aos

40. Em resposta à decisão, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 96, segundo a qual não podem ser consideradas cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que se trate das manifestações culturais estabelecidas no art. 215, § 1º, da CF/88, manifestações essas registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro e regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. Contra a emenda, ajuizou-se ação direta de inconstitucionalidade sob o fundamento da violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

mesmos sofrimentos, mas que, diante da natureza estrita da lei penal, não são tuteladas adequadamente. O fato de cães e gatos sofrerem com mais frequência atos de maus tratos não justifica a restrição porque o fundamento da punição mesma não é a regularidade com que determinada espécie é atacada, mas a certeza de que animais podem ser submetidos a sofrimentos injustificáveis, e quem os inflige merece punição. Nesse contexto, a pena deveria ter sido ajustada na própria forma básica para punir mais severamente todos os atos de maus tratos contra animais.⁴¹

Por outro lado, há críticas à desproporcionalidade (mais uma) criada pelo legislador na cominação da pena de dois a cinco anos de reclusão. Com efeito, essa pena se assemelha ou supera outras cominadas para crimes de maior gravidade. O ato de ferir uma pessoa e lhe causar debilidade permanente é punido com reclusão de um a cinco anos; se a lesão provoca deformidade permanente ou impede para sempre que alguém exerça seu trabalho, a pena mínima é igual à dos maus tratos a animais. A provocação do aborto é punida com detenção de um a três anos. Os maus tratos a uma pessoa são punidos com detenção de dois meses a um ano (pena que pode ser substituída por multa) e, se provocam lesão corporal de natureza grave, com reclusão de um a quatro anos. A própria pena mínima do homicídio simples quase se iguala ao máximo dos maus tratos a animais. Há, no caso, uma discrepância evidente que provoca verdadeira inversão de valores e impõe uma reflexão: como esperar que as pessoas se conscientizem de que devem agir com base em princípios de fraternidade em suas relações com cães e gatos ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico sinaliza não serem assim tão graves condutas atrozmente vitimam o próximo?

☒ **Pode o homem ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo do crime?**

O homem não pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e sujeito passivo de crime, mesmo porque, como informa o princípio da alteridade, ninguém poderá ser responsabilizado pela conduta que não excede a sua esfera individual. Por este motivo é que se pode afirmar que na autolesão haverá, eventualmente, o crime de fraude contra seguro (art. 171, § 2º, V, CP) e na autoacusação falsa a vítima é o Estado (art. 341, CP). De igual modo, a lei não pune a tentativa de suicídio e somente haverá crime no induzimento, instigação ou auxílio para a prática dele (art. 122, CP), figurando como sujeito ativo aquele que induz, instiga ou auxilia e não aquele que suicida-se ou tenta suicidar-se. Na rixa (art. 137, CP), os rixentos, embora pratiquem a ação criminosa e possam sofrer as consequências dela, são sujeitos ativos da conduta que realizam e vítimas dos demais participantes. Registre-se que, em sentido contrário, **ROGÉRIO GRECO** entende que o crime de rixa é uma exceção:

41. A necessidade de punição severa tem suscitado debates a respeito do cabimento do ANPP. Considerada somente a pena cominada, não há dúvida sobre a viabilidade do acordo. Mas e a necessidade de que o crime seja cometido sem violência ou grave ameaça, pode ser um empecilho? Pode-se afirmar que, embora o art. 28-A do CPP não seja explícito, só impede o acordo a violência ou a ameaça empregada contra a pessoa, senão a prática de crimes como furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e dano obstáculo ao benefício. Em contrapartida, é possível refutar a comparação e defender que o silêncio do art. 28-A vem a propósito para afastar qualquer possibilidade de composição, de resto incompatível com atos cruéis que impingem sofrimento, ainda que não vitimem humanos.

“Assim, na participação na rixa, os rixosos são, ao mesmo tempo, sujeitos ativo e passivos. Aquele que, com o seu comportamento, procura agredir o outro participante é considerado sujeito ativo do delito em questão; da mesma forma, aquele que não só agrediu, como também foi agredido durante sua participação na rixa, também é considerado sujeito passivo do crime”⁴².

5. OBJETOS (MATERIAL E JURÍDICO) DO CRIME MATERIAL

Objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa⁴³.

☑ **É possível crime sem objeto material?**

FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS responde⁴⁴: o objeto material situa-se dentro do tipo penal. Entretanto, nem todo o tipo penal tem objeto material. Há, efetivamente, certos delitos cuja conduta não recai sobre pessoa nem coisa, estando, por isso, destituídos de objeto material. Tal ocorre com os delitos de mera conduta (ex: reingresso de estrangeiro expulso – art. 338 do CP) e com todos os crimes omissivos puros (ex: omissão de socorro – art. 135 do CP). Os crimes formais podem ou não ter objeto material. Falso testemunho, por exemplo, não tem objeto material. No tocante aos crimes materiais, todos têm objeto material porque o resultado necessariamente deve produzir-se sobre uma pessoa ou coisa.

A ausência ou a impropriedade absoluta do objeto material faz surgir a figura do crime impossível ou quase-crime, previsto no artigo 17 do Código Penal, a ser estudado mais adiante.

Objeto jurídico do delito revela o interesse tutelado pela norma, o bem jurídico protegido pelo tipo penal.

Explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“Bem representa tudo quanto satisfaça uma necessidade humana ou do agrupamento, despertando um interesse individual ou coletivo a ele endereçado. Quando esse bem interessa igualmente ao mundo do Direito, que o regulamenta e disciplina por meio de suas prescrições legais, recebe a denominação bem jurídico. Se esta disciplina legal é porém feita a título de proteção, preservação e garantia do bem e é procedida dentro do ordenamento jurídico pelo Direito Penal, surge a figura do bem jurídico penalmente tutelado”⁴⁵.

42. Ob. cit., vol. 2, p. 395.

43. Em regra, o objeto material e sujeito passivo não se confundem. No crime de furto, por exemplo, é objeto material a coisa subtraída, enquanto sujeito passivo é o proprietário da coisa. Há hipóteses, entretanto, em que objeto e sujeito passivo serão idênticos, como no crime de homicídio (“alguém” é a vítima e, também, a pessoa sobre a qual recai a ação do agente).

44. Ob. cit. p. 120.

45. Ob. cit. p. 81.

Há duas teorias básicas que conceituam os bens jurídicos: a monista, dividida em personalista ou coletiva, e a dualista.

A **teoria monista personalista**, como indica a denominação, estabelece a tutela penal prestigiando a pessoa, razão pela qual são os bens jurídicos individuais que, prioritariamente, compõem o sistema de proteção penal. Os bens jurídicos coletivos, nesta perspectiva, seriam tutelados indiretamente, de forma mediata, apenas na medida do necessário para a manutenção dos individuais.

Já a **teoria monista coletiva** se estrutura de forma a garantir a tutela penal de bens jurídicos em perspectiva coletivista; nesta ótica, os bens supraindividuais teriam função mais importante do que os individuais, sobrepondo-se a estes.

A **teoria dualista**, noutra vertente, admite a divisão dos bens jurídicos em individuais e coletivos. Neste caso, ao contrário da teoria monista, não há relação de dependência ou de sobreposição entre bens pessoais e transindividuais; a tutela é autônoma e incide conforme a necessidade inerente a cada esfera de proteção.

Os bens jurídicos individuais são aqueles cuja proteção recai na vida, no patrimônio e na liberdade pessoal. Dentre estes bens, há os personalíssimos, como a honra. Os coletivos, por outro lado, representam interesses mais amplos e gerais, como o patrimônio material e imaterial da Administração Pública e a fé pública que envolve a emissão de moeda. Há autores que se referem, criticamente, a bens jurídicos coletivos aparentes, assim denominados porque não passam da soma de diversos bens jurídicos individuais. É o caso da saúde pública, tendo em vista que não existe uma coletividade que possa ser saudável ou doente; há, sim, indivíduos reunidos em sociedade que o podem ser. O mesmo ocorre nos crimes contra a incolumidade pública e contra as relações de consumo.

Há, ainda, os bens jurídicos intermediários, tutelados pela norma penal para resguardar o bem jurídico final. É o caso, por exemplo, do crime de gestão fraudulenta, em que se pune a ilícita administração de instituição financeira para preservar, em última análise, os ativos geridos pertencentes a terceiros.

A par dessa discussão, deve ser lembrada a existência de crimes pluriofensivos, isto é, tipos penais que protegem mais de um interesse jurídico. O crime de roubo, por exemplo, protege não apenas o patrimônio, mas a incolumidade pessoal de quem é constrangido na subtração de coisa alheia móvel.

Se, de um lado, é possível que uma norma proteja mais de um bem jurídico, **não é possível** haver crime **sem** objeto jurídico. Isto porque a criminalização de comportamentos é norteadada pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (vide tópico sobre princípios gerais do direito penal, *supra*). Pode-se dizer, deste modo, que crime sem objeto jurídico não é crime. Se houver algum tipo penal sem objeto jurídico deverá ser expurgado do Código Penal.

Em resumo, vamos trabalhar os conceitos acima (sujeitos ativo e passivo, objetos material e jurídico) com base em quatro infrações penais: homicídio (art. 121 do CP), furto (art. 155 do CP), peculato (art. 312 do CP) e falso testemunho (art. 342 do CP):

	Homicídio	Furto	Peculato	Falso Testemunho
Sujeito ativo	Pessoa física capaz e com 18 anos completos que mata alguém	Pessoa física capaz e com 18 anos completos que subtrai coisa alheia móvel	Funcionário público (crime próprio)	Só testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete (crime de mão própria)
Sujeito passivo constante	Estado	Estado	Estado	Estado
Sujeito passivo eventual	Pessoa morta	Pessoa (física ou jurídica) desfalcada no seu patrimônio	Estado e eventual particular lesado pela ação do agente	Estado e eventual particular lesado pela ação do agente
Objeto material	Pessoa morta (cadáver)	Coisa subtraída	dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel	Não tem
Objeto jurídico	Vida	Patrimônio	Em especial, a regularidade das atividades e a moralidade da Administração Pública.	O prestígio da Administração da Justiça

6. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DE CRIMES

A classificação de crimes pode ser legal ou doutrinária.

A classificação legal diz respeito ao *nomen iuris*, ou seja, à denominação que a própria lei confere à figura criminosa, etiquetando os tipos penais. Ex.: homicídio, furto, estupro, peculato. São todas denominações que a lei se encarrega de estabelecer.

Já a classificação doutrinária é aquela atribuída pelos estudiosos tendo em consideração as características das infrações penais. Ao contrário do *nomen iuris*, que recai sobre infração específica, determinada rotulação doutrinária abarca diversas infrações. Assim, diz-se, por exemplo, que um crime é material porque o tipo penal descreve o resultado naturalístico e exige a sua ocorrência para caracterizar a consumação. Trata-se de uma característica inerente, dentre vários outros, ao homicídio, ao furto e estupro.

Veremos, a seguir, a classificação doutrinária de crimes em seu elenco mais relevante.

6.1. Crime material, formal e de mera conduta

É crime material aquele que descreve o resultado naturalístico (modificação do mundo exterior) e exige a sua ocorrência para a consumação. A conduta e o resultado são cronologicamente separados. É o que ocorre, por exemplo, com o homicídio.

No crime formal (ou de consumação antecipada), o resultado naturalístico é previsto, mas é dispensável, pois a consumação ocorre com a conduta. O resultado jurídico consumidor do delito ocorre em concomitância com o comportamento do agente. Como

exemplos, podemos citar os crimes de ameaça e de extorsão. Outro exemplo de crime formal é a fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros, inserida no art. 171-A do CP pela Lei 14.478/22. Com efeito, diferentemente do que ocorre no estelionato, crime de duplo resultado que se consuma após a efetiva obtenção de vantagem indevida correspondente a um prejuízo para a vítima, a fraude com ativos financeiros dispensa a vantagem e a correlata lesão patrimonial. Isso porque neste crime a obtenção da vantagem é um elemento que anima o agente, não uma parte da conduta. Basta a operação fraudulenta para que o crime se consume, independentemente da obtenção de lucro e da provocação de prejuízos.

O crime de mera conduta, por sua vez, é aquele que apenas descreve a conduta delituosa, sem mencionar qualquer resultado naturalístico, que, obviamente, é dispensável. Pune-se o agente pela simples atividade, como, por exemplo, no porte ilegal de arma e na violação de domicílio.

Note-se que, embora parte da doutrina ensine haver dificuldade em se apurar a diferença entre o crime formal e o de mera conduta, entendemos improvável a confusão: no primeiro, como já dito, o resultado naturalístico é previsto, mas a lei se contenta com a prática da conduta, sem alteração do mundo exterior (daí falar-se em *consumação antecipada*); no segundo, a lei sequer menciona a existência do resultado naturalístico e se contenta, de igual forma, com a prática da conduta.

Por fim, ressalte-se ser incorreta a afirmação de que nos crimes formal e de mera conduta não há resultado. O que se pode sustentar é a inexistência de resultado naturalístico; a ocorrência de resultado jurídico é inerente a todo delito, pois, do contrário, estar-se-ia ignorando o princípio da lesividade, um dos norteadores do direito penal.

6.2. Crime comum, próprio e de mão própria

Crime comum é aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, isto é, em que a lei não exige qualidade especial do sujeito ativo. Ex.: homicídio, furto, latrocínio.

No crime próprio, o tipo penal exige que o agente ostente certas características. Como exemplos, temos os crimes funcionais, como peculato e corrupção passiva, que só podem ser praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções; o infanticídio, que somente a mãe pode praticar etc.

Crime de mão própria é aquele que somente pode ser cometido por determinado agente designado no tipo penal. Exige-se a atuação pessoal do sujeito ativo, que não pode ser substituído por mais ninguém, a exemplo do que ocorre no falso testemunho ou falsa perícia (Código Penal, artigo 342). Este crime admite apenas a participação, refutando a coautoria porque, se apenas o agente referido no tipo penal pode cometê-lo, torna-se possível, no âmbito do concurso de agentes, apenas que alguém instigue, induza ou auxilie outrem a fazê-lo, não que o faça em conjunto⁴⁶.

46. O assunto será tratado novamente – de forma detalhada – nos tópicos “concurso de agentes” e “classificação doutrinária dos crimes”. Adiantamos, no entanto, que, adotada a teoria do domínio final do fato, a distinção entre crime próprio e de mão própria fica enfraquecida, pois autor, de acordo com essa teoria, nem sempre se resume naquele que executa o verbo nuclear.

6.3. Crime doloso, culposo e preterdoloso

O crime será doloso sempre que o agente quiser o resultado (dolo direto) ou assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual).

Será culposo, por sua vez, o crime cujo resultado não for querido ou aceito pelo agente, mas que, previsível, seja proveniente de inobservância dos deveres de cuidado (imprudência, negligência ou imperícia).

Diz-se preterdoloso o crime praticado com dolo em relação ao fato antecedente e culpa no que tange ao resultado agravante, como ocorre na lesão corporal seguida de morte, em que a intenção inicial do agente era a de tão somente atingir a integridade física da vítima, mas, por inobservância das cautelas necessárias, termina por causar a morte.

6.4. Crime instantâneo, permanente e instantâneo de efeitos permanentes

Crime instantâneo é aquele que se consuma em momento determinado (consumação imediata), sem qualquer prolongação. Não significa que ocorre rapidamente, mas que, uma vez reunidos seus elementos, a consumação ocorre peremptoriamente. O conceito de crime instantâneo não se confunde com a obtenção do proveito pelo sujeito ativo. O fato, por exemplo, de o agente roubar um veículo e com ele permanecer não torna o crime permanente, já que a consumação ocorreu no momento em que, empregada a violência, a grave ameaça ou outro meio capaz de reduzir a vítima à impossibilidade de resistência, deu-se a subtração.

Ainda na esfera do crime instantâneo, há aquele que se caracteriza pela consumação em momento determinado, mas que só pode ser cometido em circunstâncias de habitualidade. É o que Nucci denomina *crime instantâneo de habitualidade preexistente*, exemplificando com o art. 334, § 1º, III, do CP, que tipifica as condutas de vender, expor à venda, manter em depósito ou, de qualquer forma, utilizar em proveito próprio ou alheio, *no exercício de atividade comercial ou industrial*, mercadoria de procedência estrangeira introduzida clandestinamente no país. Esta forma de descaminho, embora instantânea, só pode ser cometida se o agente exercia antes (com habitualidade) atividade comercial ou industrial.⁴⁷

Crime permanente é aquele em que a execução se protraí no tempo por determinação do sujeito ativo. É a modalidade de crime em que a ofensa ao bem jurídico se dá de maneira constante e cessa de acordo com a vontade do agente. Como exemplo, temos a extorsão mediante sequestro. A relevância prática de se constatar a permanência é estabelecer o início da contagem do prazo prescricional, que só ocorre após a cessação da ofensa ao bem jurídico (artigo 111, inciso III, do Código Penal), além da possibilidade, em qualquer momento, da prisão em flagrante.⁴⁸

Nos crimes instantâneos de efeitos permanentes, a consumação também ocorre em momento determinado, mas os efeitos dela decorrentes são indelévels, como no homicídio consumado, por exemplo.

47. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 146.

48. Também pode ser importante em outras situações. Por exemplo, o art. 8º-A da Lei 9.296/96 (inserido pela Lei 13.964/19 – Pacote Anticrime) dispõe, no § 3º, que a captação ambiental pode ser prorrogada por períodos de quinze dias se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

6.5. Crime consumado e tentado

Considera-se consumado o crime em que se reúnam todos os seus requisitos de ordem legal (artigo 14, inciso I, do Código Penal). Não se confunde com o crime exaurido, em que ocorrem acontecimentos subsequentes à consumação, que, por isso mesmo, nela não influenciam, não obstante devam ser considerados na aplicação da pena. Na extorsão, por exemplo, a consumação se dá no momento em que o agente emprega os meios para constranger a vítima com o intuito de obter indevida vantagem econômica, dispensando-se o efetivo proveito. Todavia, uma vez alcançada a finalidade, diz-se exaurido o crime, sendo que o juiz deverá considerar essa circunstância no momento da aplicação da pena, em razão da maior reprovabilidade da conduta.

Há, no entanto, hipótese em que, por circunstâncias alheias à vontade do agente, o resultado não ocorre, caracterizando o crime tentado (artigo 14, inciso II, do Código Penal).

6.6. Crime de dano e de perigo

Ocorre o crime de dano quando há efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. A inocorrência dessa lesão pode ocasionar a tentativa ou configurar um indiferente penal. Como exemplos, podemos citar o homicídio, o furto, o dano etc.

Já o crime de perigo dispensa a efetiva lesão, configurando-se com a simples exposição do bem jurídico a perigo, que poderá ser:

(A) concreto: nessa modalidade, exige-se efetiva comprovação de risco para o bem jurídico. Divide-se em individual (a conduta do agente expõe a perigo uma só ou um número determinado de pessoas, como ocorre na exposição da vida ou saúde de outrem a perigo, art. 132 do CP) ou comum (a conduta delituosa expõe a perigo número indeterminado de pessoas, como ocorre, por exemplo, no crime de explosão, art. 251 do CP);

(B) abstrato ou presumido ou de simples desobediência: a própria lei presume perigosa a ação, dispensando-se a comprovação de que houve efetivo perigo ao bem jurídico tutelado. Há doutrinadores contestando a constitucionalidade desta modalidade de crime, que representaria ofensa ao princípio da lesividade porque a infração se perfaz mesmo sem que nenhuma afronta ao bem jurídico seja constatada.

6.7. Crime simples, complexo, qualificado e privilegiado

(A) simples: é o crime basilar, formado objetivamente por apenas um tipo penal e subjetivamente sem nenhuma circunstância que aumente ou diminua sua gravidade;

(B) complexo: é o crime formado por meio da reunião entre dois ou mais tipos penais. Como exemplos, podemos citar os crimes de roubo (furto + constrangimento ilegal) e de extorsão mediante sequestro (extorsão + sequestro)⁴⁹.

49. A situação em que há um tipo penal simples, mas incide causa de aumento de pena que, por si, é crime autônomo (ex.: aborto majorado pela lesão corporal de natureza grave), Zaffaroni (ob. cit., pp. 526/527) trata como “figura complexa”. No exemplo do aborto, não fosse a previsão expressa de

A doutrina utiliza, também, a denominação *crime complexo em sentido amplo* para definir o delito acrescido de circunstâncias ou elementos que, por si sós, não constituem crime. No caso da denúncia caluniosa, por exemplo, uma das formas do delito é composta pela calúnia e pela comunicação da ocorrência de infração penal, ato este isoladamente não criminoso. Do mesmo modo, o estupro, formado pelo constrangimento violento e pelo ato de libidinagem, este, por si só, atípico quando praticado contra pessoa não vulnerável.

☑ O que se entende por crime ultracomplexo?

Ocorre quando um crime complexo é acrescido de outro, este servindo como qualificadora ou majorante daquele. Imaginemos um roubo (crime complexo) praticado com emprego de arma de fogo. Temos, na hipótese, uma unidade jurídica ultra complexa formada pela reunião do crime de roubo (nascido da fusão do constrangimento ilegal + furto) e do crime de porte ilegal de arma de fogo. Em outras palavras, percebemos um crime complexo (roubo) acrescido de outro (porte ilegal de arma de fogo), que serve como causa de aumento de pena do crime patrimonial. Praticados no mesmo contexto fático, com o fim de evitar *bis in idem*, o assaltante, no caso, deve responder apenas pelo roubo majorado (art. 157, § 2º-A, inc. I, do CP). Assim vem decidindo o STJ:

“(...) IV – A jurisprudência desta Corte entende que “o princípio da consunção resolve o conflito aparente de normas penais quando um delito menos grave é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro mais danoso. Nessas situações, o agente apenas será responsabilizado pelo último crime. Para tanto, porém, imprescindível a constatação do nexo de dependência entre as condutas, a fim de que ocorra a absorção da menos lesiva pela mais nociva ao meio social” (HC n. 377.519/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe de 9/2/2017).

V – Na hipótese dos autos, é de se reconhecer a aplicação do referido princípio, haja vista que os delitos de roubo duplamente majorados pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma e o de porte ilegal de arma de fogo foram praticados no mesmo contexto fático, sendo que este último foi um meio empregado para a prática daqueles, vale dizer, estava inteiramente subordinado à consecução dos roubos. De fato, arma de fogo foi apreendida com os pacientes em local diverso dos sítios em que foram praticados os roubos e

que a lesão caracteriza uma majorante, o caso seria solucionado pelas regras do concurso de crimes. É interessante a definição apresentada por ele, pois, se a figura criminosa autônoma não pudesse servir para tornar complexo o crime simples, não haveria sentido na definição do crime ultra complexo, na qual se considera justamente a incidência da majorante. O mesmo autor também define como complexo o crime preterdoloso porque a ação se caracteriza a um só tempo pela tipicidade dolosa (finalidade buscada pelo agente quando iniciou a conduta) e pela tipicidade culposa (violação do dever de cuidado que provoca um resultado não pretendido).

em momento distinto, porém no mesmo contexto fático e logo em seguida à perseguição policial”.⁵⁰

(C) **qualificado**: é o crime que deriva do tipo penal básico ou do complexo, com a mesma natureza, cuja reprimenda sofre um agravamento, em novos patamares mínimo e máximo, em virtude da maior gravidade da conduta. Ocorre, por exemplo, com o delito de furto, que pode ser simples ou qualificado por uma das circunstâncias dos §§ 4º, 4º-A, 4º-B, 5º, 6º e 7º do artigo 155; de extorsão mediante sequestro, que pode ser simples ou qualificada pela morte (§ 3º do artigo 159);

(D) **privilegiado**: é aquele em que a lei considera determinadas circunstâncias que diminuem a gravidade da ação e, conseqüentemente, a reprimenda imposta. Há, por exemplo, o furto privilegiado pela primariedade do agente e pelo pequeno valor da coisa; o homicídio privilegiado quando praticado por motivo de relevante valor social etc.

6.8. Crime plurissubjetivo e unissubjetivo

O crime será plurissubjetivo na hipótese em que o concurso de agentes seja imprescindível para sua configuração (crime de concurso necessário). As condutas perpetradas podem ser: **a)** paralelas: quando todos, pretendendo alcançar um fim único, auxiliam-se mutuamente na execução do tipo penal, como ocorre na associação criminosa; **b)** divergentes: quando os agentes dirigem suas ações uns contra os outros, como acontece na rixa; **c)** bilaterais: quando o tipo pressupõe a atuação de dois agentes cujas condutas são propensas a se encontrar – pois partem de pontos opostos –, a exemplo do que ocorre na bigamia.

O crime unissubjetivo é aquele que pode ser praticado por apenas uma ou várias pessoas (concurso eventual de agentes).

6.9. Crime comissivo e omissivo⁵¹

O crime comissivo nada mais é do que a realização (ação) de uma conduta desvaliosa proibida pelo tipo penal incriminador. Viola um tipo proibitivo.

Exemplos: matar alguém (art. 121 do CP), subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (art. 155 do CP), falsificar, no todo ou em parte, ou alterar, documento público (art. 297 do CP) etc.

Nos crimes omissivos ocorre o inverso dos comissivos, isto é, bens jurídicos podem ser tutelados com a proibição de abstenção de condutas valiosas.

O crime omissivo é a não realização (não fazer) de determinada conduta valiosa (comportamento ideal) a que o agente estava juridicamente obrigado e que lhe era possível concretizar. Viola um tipo mandamental.

50. HC 371.692/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14/03/2017.

51. Esta classificação foi detalhada no estudo da conduta penal.

Exemplos: deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (art. 135 do CP), deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (art. 269 do CP).

A norma mandamental (que determina a ação valiosa) pode decorrer **do próprio tipo penal**, quando o tipo descreve a omissão (exemplo: *deixar de prestar assistência* – omissão de socorro) ou **de cláusula geral**, quando o dever de agir está descrito em norma geral, e não no tipo (art. 13, § 2º, do CP). É dentro dessa perspectiva que a doutrina divide os crimes omissivos em **próprios e impróprios**⁵² (**comissivos por omissão**).

Parte da doutrina ainda se refere aos crimes omissivos por comissão, nos quais alguém estava obrigado a agir, mas é impedido por terceiro. Assim, por exemplo, o filho que, interessado no recebimento da herança, impede que o médico salve a vida de seu pai: o médico se omitiu por ação do filho. Nestes crimes, há nexo causal entre a conduta e o resultado, admitindo-se a tentativa. Note-se, todavia, haver quem sustente se tratar, na verdade, de crimes propriamente comissivos, pois a causa efetiva do resultado é a conduta do agente, não a omissão de quem foi impedido de atuar.

Fala-se, ainda, no *crime de conduta mista*, consistente numa ação (conduta comissiva) seguida de omissão (conduta omissiva). É o que ocorre, por exemplo, na apropriação de coisa achada (artigo 169, parágrafo único, inciso II, do Código Penal), que se inicia com o apossamento, mas que somente se configura a partir do momento em que, decorrido o prazo, o agente se omite em restituir a coisa a seu dono, a seu legítimo possuidor ou em entregá-la à autoridade competente. Dá-se o mesmo no art. 36 da Lei 13.869/19, no qual inicialmente se decreta a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapola exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixa-se de corrigi-la.

6.10. Crime unissubsistente e plurissubsistente

Crime unissubsistente é aquele em que não se admite o fracionamento da conduta, isto é, perfaz-se com apenas um ato. Por isso, não admite a tentativa. Como exemplo, temos os crimes contra a honra cometidos verbalmente.

No crime plurissubsistente, por sua vez, a conduta é fracionada em diversos atos que, somados, provocam a consumação. Por esse motivo, é admissível a tentativa, como, por exemplo, no homicídio, no roubo, no estelionato etc.

52. A omissão imprópria pode ser imputada a título doloso ou culposo. Quando o é a título culposo, temos o denominado *crime de olvido* (ou de esquecimento), pois a omissão decorre da negligência sobre o dever de evitar o resultado. É o caso, por exemplo, do salva-vidas que abandona seu posto para tomar um lanche e não é capaz de evitar o afogamento de um banhista.

6.11. Crime habitual

Crime habitual é aquele que se configura mediante a reiteração de atos. Somente irá ocorrer se houver repetição da conduta que revele ser aquela atividade um procedimento costumeiro por parte do agente. Como exemplo, temos o delito previsto no artigo 147-A do Código Penal (crime de perseguição ou “stalking”), que pune perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Trata-se de crime habitual, tendo em vista que o tipo penal é expresso sobre a necessidade de a perseguição ser praticada reiteradamente. Apenas um ato importuno, ainda que restrinja momentaneamente a capacidade de locomoção ou invada a privacidade de alguém, não caracteriza este crime, embora seja possível que a conduta se adéque a outro tipo penal, como a da ameaça, por exemplo. A habitualidade não foi inserida no tipo por acaso. Decorre das próprias características do stalking, que consiste em perseguição obstinada, incansável, capaz de desestabilizar a rotina da vítima. É nesse sentido a lição de Silvia Chakian:

“Nesse sentido, para fins criminais, haveria três requisitos para definir o stalking:

1. comportamento doloso e habitual, composto necessariamente por mais de um ato de perseguição ou assédio à mesma vítima;
2. o motivo do autor para praticar a conduta é um interesse pessoal, como admiração, crença, interesse relacional ou vingança;
3. a vítima, por conta da repetição, deve se sentir incomodada em sua privacidade e/ou temerosa por sua segurança”.⁵³

6.12. Outras classificações

A doutrina traz inúmeras outras classificações de crime, que apontaremos resumidamente a seguir:

1) crime exaurido: é o que contempla atos posteriores à consumação. É o que ocorre quando há o recebimento do resgate na extorsão mediante sequestro, em que o crime se consumou com a restrição da liberdade da vítima, denominando-se *mero exaurimento* a efetiva obtenção da vantagem.

2) crime profissional: é aquele praticado por quem se utiliza da profissão que exerce para alcançar finalidade ilícita.

3) crime progressivo (ou de passagem): é aquele em que, para alcançar seu intento, deve o agente obrigatoriamente violar norma de caráter menos grave. No furto a residência, por exemplo, antes se pratica a violação de domicílio. No homicídio, necessariamente ocorre a lesão corporal. Todavia, o autor só responderá pelo delito visado, absorvendo-se

53. Bianchini, Alice, Bazzo, Mariana, Chakian, Silvia. *Crimes contra Mulheres: Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais e Feminicídio*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 108.

os demais. Não se confunde com a progressão criminosa, em que ocorrem diversas condutas: inicialmente o agente pretendia um resultado e, após atingi-lo, decide praticar outro fato mais grave. Exemplo: alguém, com a intenção de ferir a vítima, nela provoca lesões corporais, mas, em seguida, não satisfeito com o resultado, decide lhe ceifar a vida. Responderá apenas pelo crime subsequente, em razão da absorção.

4) crime subsidiário: é aquele que somente se configura se a conduta do agente não constituir crime mais grave. Se, por exemplo, na apuração de um roubo, constatar-se não ter havido violência, grave ameaça ou o emprego de outro meio que tornasse impossível a resistência da vítima, mas apenas uma subtração sorrateira, haverá, em caráter subsidiário, o crime de furto.

5) crime de ação única e de ação múltipla: será de ação única o crime em que o tipo penal prevê apenas uma conduta nuclear possível. Assim é o furto, em que só há a conduta de *subtrair*. Crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado) é aquele em que diversas são as condutas possíveis, como no tráfico de drogas, sendo que, neste caso, se o agente praticar mais de uma, no mesmo contexto fático, responderá por crime único.

6) crime principal e crime acessório: principal é o crime que independe da existência de outro, como o roubo; acessório (ou parasitário) é aquele que pressupõe a ocorrência de outro delito em momento anterior, como a receptação, que necessariamente deve ser precedida por outro crime.

7) crime a prazo: é aquele que exige o decurso de um prazo para que se configure. É o que ocorre na já mencionada apropriação de coisa achada (artigo 169, parágrafo único, inciso II, do Código Penal), que se consuma se o agente que acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixa de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

8) crime vago: é aquele em que o sujeito passivo é indeterminado, representado por uma coletividade.

9) crime falho: sinônimo de tentativa perfeita ou acabada, ocorre quando o agente utilizou todos os meios possíveis à sua disposição, mas não conseguiu consumir o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Crime falho não é sinônimo de crime impossível (ou tentativa inidônea, crime oco ou quase-crime).

10) quase-crime: trata-se do crime impossível e da participação impunível, situações em que, na realidade, crime não há.

11) crime putativo (imaginário ou erroneamente suposto): é aquele existente apenas na intenção do agente, que acredita estar cometendo um crime enquanto pratica um indiferente penal. O crime putativo pode ser: **a)** por erro de tipo; **b)** por erro de proibição (delito de alucinação); **c)** por obra do agente provocador.

12) crime funcional: é o praticado por funcionário público, de acordo com a definição do artigo 327 do Código Penal. Pode ser próprio ou impróprio. No primeiro, se afastada a qualidade de funcionário público, o fato se torna atípico (ex.: prevaricação). No segundo, a falta dessa qualidade poderá configurar outro delito (ex.: peculato-furto).

13) crime de circulação: é o praticado por meio de automóvel.

14) crime militar: antes, a redação do inciso II do artigo 9º mencionava que eram considerados crimes militares, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados na forma das alíneas “a” a “e” do mencionado inciso. Agora, são considerados crimes militares, em tempo de paz, “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados” na forma das alíneas referidas.

Inevitável, portanto, uma releitura dos conceitos de crimes militares próprio e impróprio. Vejamos.

Até a edição da Lei 13.491/17, o crime militar se dividia em próprio, quando definido apenas no Código Penal Militar, ou impróprio, se definido também no restante da legislação penal. O delito de deserção era próprio, pois previsto somente no CPM. Já o furto, impróprio, pois previsto no CPM e CP.

Atualmente, no entanto, a definição deve ser diversa, especialmente no que concerne ao crime militar impróprio.

Crime militar passa a ser o delito praticado por militar. Pode ser próprio, porque definido apenas no Código Penal Militar (como a deserção), ou impróprio, porque definido também no restante da legislação penal (como o furto) ou somente nela, legislação não militar (como a tortura, lavagem de capitais, organização criminosa etc.).⁵⁴

15) crime de atentado: é aquele a que a lei atribui punição idêntica tanto para a tentativa quanto para a consumação (artigo 352 do Código Penal).

16) crime de opinião ou de palavra: é aquele praticado por meio de abuso da liberdade de expressão (injúria, calúnia, difamação, apologia de crime ou criminoso).

17) crime de expressão: não se confunde com o crime de opinião. O crime de expressão se caracteriza por ser cometido por meio de atividade intelectual do autor, que processa a informação que recebe e se expressa inveridicamente. É o caso do falso testemunho, em que a falsidade não se extrai da comparação do depoimento da testemunha com a realidade dos fatos (teoria objetiva), mas sim do contraste entre o depoimento e a ciência da testemunha (teoria subjetiva).

18) crime a distância (ou de espaço máximo): o crime percorre territórios de dois Estados soberanos (Brasil e Argentina, por exemplo), com a conduta em um lugar e o resultado em outro. Gera conflito internacional de jurisdição (qual país aplicará sua lei penal?). O nosso Código Penal adotou, quanto ao lugar do crime (*locus commissi delicti*) a teoria da ubiquidade, híbrida ou mista (art. 6º). Logo, sempre que por força do critério da ubiquidade o fato se deva considerar praticado tanto no território brasileiro como no estrangeiro, será aplicável a lei brasileira.

54. A Lei 14.688/23 alterou as alíneas a, b, d e e do inciso II do art. 9º do CPM, mas isso não interfere na conceituação de crimes militares de que tratamos neste item.

19) crime em trânsito: o crime percorre territórios de mais de dois países soberanos, sem, contudo, atingir bens jurídicos em um ou alguns desses países. Ex.: um objeto é furtado na Argentina e, para ser receptado nos Estados Unidos, passa pelo Brasil. Também gera conflito internacional de jurisdição, resolvido, no Brasil, pela teoria da ubiquidade.

20) crime plurilocal: o crime percorre dois ou mais territórios do mesmo país (comarcas de São Paulo, São Bernardo do Campo e Guarulhos). Gera conflito interno de competência (qual comarca aplicará a lei brasileira?). O Código de Processo Penal adotou, em regra, a teoria do resultado, sendo competente a comarca onde se deu a consumação (art. 70).

21) crime mono-ofensivo e crime pluriofensivo: mono-ofensivo é o delito que atinge apenas um bem jurídico, ao passo que pluriofensivo é aquele cuja constituição acarreta a afronta a mais de um bem juridicamente tutelado. Esta definição guarda relação direta com a que divide os tipos penais entre os simples e os complexos. Em regra, os crimes simples serão mono-ofensivos, como o furto, em que apenas o patrimônio é violado. Já os crimes complexos serão normalmente pluriofensivos, como o roubo, em que se atinge tanto o patrimônio quanto a liberdade individual.

22) crime de execução livre e crime de execução vinculada: crime de execução livre é aquele que admite variadas formas para a prática da conduta típica, como o homicídio, cometido por golpes de faca, disparo de arma de fogo, envenenamento, esganadura etc. O crime de forma vinculada, ao contrário, é restritivo na forma sob a qual a conduta pode ser empreendida, como ocorre na redução a condição análoga à de escravo, cometida apenas por meio dos atos elencados no tipo incriminador (art. 149 do CP).

23) crime gratuito: é aquele cometido sem motivo conhecido. Não há de ser confundido com o motivo fútil, presente quando o móvel apresenta real desproporção entre o delito e sua causa moral.

24) crime multitudinário: é o delito cometido por multidão no contexto de um tumulto. O conceito de multidão não é estabelecido pela lei, impondo-se a análise do caso concreto para a sua configuração.

25) crime independente: é o delito que não assume ligação com outras infrações penais.

26) crime de conexão teleológica: é praticado para assegurar a execução de outro crime, futuro.

27) crime de conexão consequencial: é cometido para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime, passado.

28) crime de conexão ocasional: não há, na realidade, conexão entre os crimes, pois um não é cometido para assegurar a execução ou para garantir a ocultação de outro. Há, tão somente, uma proximidade física entre várias infrações penais, que não se relacionam entre si. Ex.: o agente mata alguém e, em seguida, aproveita a oportunidade para subtrair bens a este pertencentes.

29) crime de tendência: determinadas ações podem ser consideradas criminosas ou lícitas a depender da intenção do agente ao praticá-las. Os crimes de tendência refletem

essa situação, em que a conduta será típica se a inclinação interna do agente se revelar no sentido da prática criminosa. Uma palavra lançada contra alguém, por exemplo, pode caracterizar o crime de injúria ou o simples exercício do direito de crítica, a depender da intenção do emissor.

30) crime de tendência interna transcendente (ou crime de intenção): o sujeito ativo quer um resultado dispensável para a consumação do delito. O tipo subjetivo é composto pelo dolo e por elemento subjetivo especial (finalidade transcendente). Ex.: na extorsão mediante sequestro – art. 159 do Código Penal – a obtenção da vantagem (resgate) é dispensável para a consumação (que se contenta com a privação da liberdade da vítima); no delito de petrechos para falsificação de moeda – art. 291 do Código Penal – a efetiva falsificação das moedas e sua colocação em circulação são dispensáveis para a consumação do crime (que se contenta com a fabricação, aquisição, fornecimento, posse ou guarda de maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda).

31) crime de resultado cortado: espécie de crime de intenção, o resultado (dispensável para a consumação), não depende do agente, não está na sua esfera de decisão. Ex.: na extorsão mediante sequestro, a obtenção da vantagem – pagamento do resgate –, dispensável para a consumação do crime, não depende do agente, mas de terceiros ligados à vítima.

32) crime mutilado de dois atos: também espécie de crime de intenção, o crime mutilado de dois atos se verifica quando o resultado dispensável depende de novo comportamento do agente, está em sua esfera de decisão. Ex.: no crime de petrechos para falsificação de moeda, a efetiva falsificação das moedas e sua colocação em circulação, ambos resultados dispensáveis para a consumação, dependem de nova decisão do agente.

33) crime consunto e crime consuntivo: como indica a denominação, este aspecto da classificação se aplica nos casos de incidência do princípio da consunção (absorção). Nessa esteira, crime consunto é o absorvido; consuntivo, o que absorve. Ex.: quando a potencialidade lesiva do falso se exaure no estelionato, o crime patrimonial será consuntivo em relação ao crime contra a fé pública, consunto.

34) crime de fato permanente e de fato transeunte: delito de fato permanente (ou não transeunte) é o que deixa vestígios materiais que devem ser constatados mediante perícia. Ex.: falsificação de documento. Delito de fato transeunte, ao contrário, não permite constatação mediante análise de vestígios, pois não os exhibe. Ex.: injúria cometida por meio de palavras.

35) crime condicionado e crime incondicionado: crime condicionado é aquele a que a lei impõe certas condições de procedibilidade para que a punição seja perseguida. É o caso, por exemplo, da necessidade de que o agente entre no território nacional para que seja punido por crime cometido fora do Brasil na situação de extraterritorialidade condicionada; também o caso da exigência de representação do ofendido na ameaça. Já o crime incondicionado independe de circunstância externa como condição de procedibilidade, como o homicídio.

36) crime de ímpeto: é aquele que resulta de uma reação emocional, sem premeditação, como no homicídio cometido sob o domínio da violenta emoção.

37) crime de acumulação: ao criar determinados tipos penais, o legislador busca proteger interesses supraindividuais (de caráter coletivo). É o que acontece, por exemplo, nos crimes contra o meio ambiente. Nesses casos, é possível que não se compreenda como pode uma conduta isolada causar relevante dano ou perigo de dano ao bem jurídico. De fato, alguém que corta uma árvore em área de preservação permanente, despeja pequena quantidade de detritos em um rio cujas águas servem uma cidade ou captura alguns peixes em período de defeso não comete um ato de lesão grave ao meio ambiente.

No entanto, a lesão – ou o perigo de que ocorra – passa a ser compreendida quando se leva em conta não apenas a conduta de um agente, mas o acúmulo de condutas e resultados semelhantes caso não haja punições individuais. Uma pessoa que pesca sem autorização legal um determinado peixe não viola de forma expressiva o bem jurídico (meio ambiente), mas se considerarmos a soma de várias condutas análogas, percebe-se o dano que ocorreria. Sustenta-se portanto a punição da conduta isolada, mesmo sem lesividade aparente (mas projetada). Percebe-se que a lesão relevante ao bem jurídico somente é considerada com a soma de várias condutas hipotéticas.

Isso significa, para parcela da doutrina, que a punição do agente ocorre sem que se observe o princípio da lesividade. Nos delitos de acumulação, com efeito, não se considera esse aspecto de lesão ou perigo de lesão sobre condutas unitárias, mas sobre a soma hipotética de condutas. Dada a natureza dos bens jurídicos protegidos por meio dessa espécie de delito, modifica-se a perspectiva sob a qual o princípio da lesividade pode limitar o poder punitivo. Quando se trata da lesividade num furto de uma caneta Bic, por exemplo, a possibilidade de que milhares de pessoas tomem a mesma atitude contra exatamente o mesmo bem jurídico é, para não dizer inexistente, remotíssima. O mesmo não ocorre, todavia, nos delitos de tutela coletiva. De fato, caso não haja a devida repressão, é muito provável que ocorram inúmeros casos de corte de árvore em área de preservação permanente, de despejo de detritos em rios e de pesca ilegal. Vê-se, portanto, que não obstante as múltiplas condutas sejam consideradas por hipótese, o grau de abstração não é tão elevado quanto se possa imaginar. A possibilidade de que condutas pouco relevantes se multipliquem caso sejam toleradas é real e derivada dos dados da experiência.

O que legitima a punição, portanto, é a soma de pequenas lesões ao bem jurídico coletivo. Nas palavras de Ana Carolina Carlos de Oliveira,

“Trata-se, em síntese, de uma soma de microlesões e de uma técnica de tipificação baseada em um grande número de atos. Nesse sentido, e conforme sustentam **Wohlens** e **von Hirsch**, a acumulação é mais do que uma técnica legislativa, é também um fundamento para a justificação ou legitimação de condutas perigosas contra bens jurídicos coletivos”. E, de acordo com a mesma autora, “as condições para que se verifique uma conduta merecedora de punição com base na acumulação são: (i) prognóstico realista de realização

de condutas; (ii) existência de resultado efetivo, ainda que reduzido; (iii) consideração de condutas pouco significantes”⁵⁵.

Isso significa que o já estudado princípio da insignificância não tem lugar nos delitos por acumulação? A resposta é negativa.

À primeira vista pode parecer que se a tipificação dos delitos de acumulação se baseia na soma de condutas que, isoladas, não teriam relevância, não é possível considerar insignificante determinada conduta pouco lesiva ao bem jurídico coletivo, sob pena de contrariar o próprio fundamento dessa espécie de delito.

Não se trata disso, no entanto. É possível a incidência do princípio da insignificância, mas sua análise deve ser adequada aos fundamentos do crime por acumulação.

Isso quer dizer que não se examina a pouca relevância da lesão ou do perigo de lesão baseando-se na conduta individual, mas considerando o resultado da provável acumulação. Dessa forma, o produtor rural surpreendido despejando detritos em um rio pode estar cometendo uma conduta em si irrelevante, mas, se consideramos a provável repetição daquela conduta por outros produtores instalados ao longo do mesmo rio, nota-se aí a alta probabilidade de um dano maior, o que afasta o princípio da insignificância. Se, no entanto, trata-se de alguém surpreendido em uma área isolada pescando em período de defeso apenas com uma linha atrelada a uma vara artesanal, pode-se imaginar que mesmo considerada a possibilidade de repetição daquela conduta por outras poucas pessoas que vivem na região, o dano ainda assim seria diminuto. Neste caso, o princípio da bagatela pode incidir para que se reconheça a atipicidade material.

38) crime de mera suspeita: nessa situação, o agente não pratica conduta de relevância penal, mas é punido porque o modo como atua faz com que se suspeite que possa vir a delinquir. É o caso do art. 25 do Decreto-lei nº 3.688/41, que pune a conduta de “Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima”. A contravenção tem como norte a suposição de que determinado sujeito possa cometer a infração penal. O STF, em recurso extraordinário, julgou inconstitucional esta contravenção (RE 583.523), violadora, dentre outros, do princípio da exteriorização ou materialização do fato.

39) crime de ação violenta: é aquele cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, como o roubo e estupro.

40) crime de ação astuciosa: é o delito cometido por meio de fraude, dissimulação, como o estelionato.

41) crime obstáculo: é o delito que revela a tipificação de atos preparatórios, que, normalmente, não são punidos. É o caso da associação criminosa (art. 288 do Código Penal).

55. http://www.ibccrim.org.br/docs/integra_interativa.pdf.

42) crime de catálogo: é o crime passível de apuração por meio de interceptação telefônica, observados os requisitos da Lei nº 9.296/96.

43) crime de impressão: é o delito que desperta na vítima determinado estado anímico. Pode ser dividido em: **a)** crime de sentimento: recai nas faculdades emocionais, como a injúria; **b)** crime de inteligência: recai nas faculdades cognitivas da vítima, enganando-a, como o estelionato; **c)** crime de vontade: recai na autodeterminação, como o constrangimento ilegal.

44) crime parcelar: é o crime que integra uma cadeia de crimes cometidos em continuidade delitiva.

45) crime inominado: neste caso, a conduta recai sobre bens jurídicos consagrados pelo direito, mas sem tipificação penal específica. Não é admitido pelo nosso sistema penal, norteados pelo princípio da reserva legal, impondo que condutas criminosas sejam legalmente estabelecidas.

46) crime de hermenêutica: é o delito que existe unicamente em virtude da interpretação do operador da lei, sem que haja indícios ou provas da ocorrência de um fato tipificado. Também não é admitido, violando, dentre outros, o princípio da presunção de inocência (ou não culpa).

47) crime remetido: é aquele que em sua definição típica se reporta a outro crime, como o art. 304 do Código Penal.

48) crime anão (ou crime liliputiano): é a denominação reservada às contravenções penais. Não se trata, pois, de crime, conforme define o art. 1º do Decreto-lei nº 3.914/41: “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

49) crime de rua (ou do colarinho azul): é crime cometido normalmente por pessoas economicamente menos favorecidas, como o furto e o roubo. É denominado *crime do colarinho azul* em alusão ao uniforme que era utilizado por operários norte-americanos no início do século XX, então chamados *blue-collars*.

50) crime do colarinho branco (ou crime de paletó e gravata ou crime de escritório): é o delito cometido na esfera econômica, movimentando normalmente grande volume de recursos. É o caso dos crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro.

51) crime cibernético: é aquele cometido por meio da rede mundial de computadores ou mesmo por meio de uma rede pública ou privada de computadores. Pode ser classificado como próprio ou impróprio. É próprio quando o meio e o objeto material se identificam exclusivamente no sistema cibernético, como no caso da violação de dispositivo informático tipificada no art. 154-A do CP, alterado pela Lei 14.155/21. Só é possível cometer este crime por meio de sistema informático, e o próprio dispositivo violado é o alvo da conduta criminosa. Já o crime cibernético impróprio é aquele em que a utilização da rede informática é apenas uma das formas de execução. É o caso da calúnia cometida por meio da internet e da transferência fraudulenta de uma conta corrente por meio da violação do

home banking. A calúnia e o furto podem ser cometidos de diversas formas, dentre as quais aquela que se vale de uma rede de computadores. Aliás, se o furto for cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, será qualificado, punido com pena rigorosa de 4 a 8 anos de reclusão (art. 155, §4º-B, do CP, incluído pela Lei 14.155/21).⁵⁶

52) crime de greve: é o delito cometido durante a paralisação dos empregados.

53) crime de *lockout*: é o delito cometido no decorrer da paralisação do empregador.

54) crime político: a ideia de crime político sempre existiu, ao menos desde que houve concentração de poderes em um governante, e sobretudo depois do surgimento dos primeiros Estados. Era compreendido, inicialmente, como ataque ao soberano, à organização do Estado, à ordem política, e os ordenamentos que o previam eram caracterizados pela amplitude conceitual e rigor da punição. Além disso, era evidente sua relatividade conceitual.⁵⁷ Passava-se a ideia de *crimen laesae majestatis*, servindo o conceito como instrumento de repressão a dissenso ideológico. Iniciado, porém, o período de reformas, no século XVIII, verificou-se a necessidade de circunscrever a legitimação do poder punitivo estatal à repressão da ofensa conexa a um objeto real. O *crimen laesae majestatis* não satisfazia essa necessidade, pois não representava um ponto de referência objetivo, que fosse dependente de valorações racionais de utilidade coletiva, e não do mero arbítrio. Chegou-se, então, à noção de *delito político*, ligado à lesão das condições de sobrevivência da sociedade ou de quem a representa.⁵⁸

Aos poucos, surge uma “concepção prestigiosa de delinquente político”, quase como um herói romântico, altruísta e filantropo, que luta por ideais, para consagrar um regime de liberdade em seu país. Começa mesmo a haver uma identificação entre criminoso político e dissidente político, que cometia crimes de opinião. Assim, a duradoura noção de delito político, que surge em período histórico liberal, passou a responder a postulados de benignidade no seu trato, ao menos no campo internacional, visto que, internamente, delitos dessa natureza eram punidos com severidade.⁵⁹

A partir desse ponto, a doutrina começa a apresentar definições e classificações dos crimes políticos. Surgiram três correntes:

“A primeira, de caráter objetivo, procurava distinguir o crime político pela natureza do bem jurídico violado e pela forma objetiva

56. No âmbito internacional, a Convenção sobre Crimes Cibernéticos (Convenção de Budapeste), à qual o Brasil aderiu em dezembro de 2021, estabelece a obrigação de os signatários adotarem medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer como infração penal o acesso intencional e ilegítimo à totalidade ou a parte de um sistema informático. Essa obrigação abrange o crime cibernético próprio e o impróprio, pois, como vimos, em ambos há acesso ilegítimo a dados sensíveis armazenados ou transmitidos em sistemas informáticos.

57. LAMARCA PÉREZ, Carmen. Delincuencia política y Estado de Derecho. *Criminalia*, n. 1, v. 66, p. 27-89, 2000, p. 27.

58. PADOVANI, Tullio. Bene giuridico e dellitti politici: contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II CP. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 25, p. 3-41, 1982, p. 4-5.

59. Idem, p. 34-35.

de execução. As insuficiências de um tal critério, que só permite em verdade a existência, enquanto crime político, de certas espécies clássicas, como a insurreição, a conspiração, (*sic*) etc., logo fizeram surgir – e correspondeu Ferri um papel importante na divulgação dessa alternativa – uma corrente que situava a distinção no fim político e altruísta que teria animado o agente. Logo se percebeu que tal opção poderia conduzir a soluções paradoxais, e prevalece hoje uma linha de conciliação entre ambas as tendências, segundo a qual o crime político é não só aquele que representa uma ofensa a interesses da organização constitucional do estado, mas também o crime comum quando determinado por motivos políticos.”⁶⁰

No Brasil, a Lei 6.683/79 (Lei da Anistia) não chegou a definir crime político, mas apenas os delitos a ele conexos, que seriam “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (art. 1º, § 1º),⁶¹ adotando um critério misto. A doutrina adotava o mesmo critério para afirmar que os crimes contra a segurança nacional eram políticos, pois, além de estarem tipificados na revogada Lei 7.170/83, a conduta deveria ter como objetivo atingir alguns dos bens jurídicos elencados no art. 1º.⁶² Tais crimes foram substituídos pelos tipificados no Título XII do Código Penal (crimes contra o Estado Democrático de Direito). Seriam eles exemplos atuais de crimes políticos?

A nosso ver, a caracterização de um crime como político depende de seu contexto. Crimes políticos não ocorrem num Estado Democrático de Direito, salvo para defendê-lo, razão pela qual o contexto em que cometida uma infração penal é de fundamental importância para estabelecer sua natureza política. Afirmer que um crime é político apenas porque é visado um determinado bem jurídico, como a soberania, é dar ares de dignidade a imperdoáveis condutas. No Brasil, vivemos na democracia, com todas as suas imperfeições, constituindo-se a República em Estado Democrático de Direito. Desse modo, os crimes que atingem os bens jurídicos tutelados pelo Título XII do CP não são políticos, mas *comuns*.

Isso não significa que o Brasil não pode reconhecer o crime político, nem que a Constituição Federal o menciona sem razão em alguns dispositivos. Pensamos que ainda há espaço para sua aplicação, apesar de, segundo se espera, serem raras as hipóteses que podem surgir. Basicamente, podemos antever duas situações: a) a aplicação extraterritorial da lei brasileira, num caso em que o imputado (brasileiro, por exemplo) tenha cometido no estrangeiro, em contexto de resistência a um regime ditatorial, algum fato que seja crime também em nosso país, vindo para o território brasileiro depois disso e tendo

60. BATISTA, Nilo. Aspectos jurídicos penais da anistia. *Revista de Direito Penal*, n. 26, p. 33-42, 1978, p. 38.

61. O § 2º excluiu da anistia os crimes de sequestro, terrorismo, assalto e atentado pessoal.

62. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza, ob. cit., p. 817: “(...) há três critérios para se considerar político um delito: a) objetivo, concentrando-se nos bens jurídicos lesados; no caso, os descritos no art. 1º desta Lei; b) subjetivo, enfocando apenas a motivação do agente para atentar contra interesses políticos do Estado; c) misto, considerando-se tanto o bem jurídico afetado quanto a motivação do autor. Nosso sistema adota o critério misto, devendo o agente afetar bem jurídico tutelado nesta Lei, mas associado à sua motivação e ao seu objetivo, consistente em desequilibrar o Estado Democrático de Direito”.

negada a extradição. Processado no Brasil, o delito pode ser considerado político e, consequentemente, a competência deve ser da Justiça Federal, com possibilidade de recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal; b) crimes cometidos no Brasil, como resistência a uma tentativa de extinção do Estado Democrático de Direito, que também podem ser considerados políticos e receber o tratamento respectivo, caso não sejam objeto de anistia.

Alerta-se, por fim, que crime político não se confunde com violência política. A Lei 14.192/21 trata da violência política contra a mulher, tipificando-a no art. 326-B do Código Eleitoral:

Art. 326-B. Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher:

I – gestante;

II – maior de 60 (sessenta) anos;

III – com deficiência.

Contudo, entendemos que esse novel tipo foi revogado pelo art. 359-P do CP, incluído pela Lei 14.197/21, ampliando o espectro de proteção, alcançando também o homem:

Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

55) crime de responsabilidade: será próprio ou impróprio. O crime de responsabilidade próprio é uma infração penal comum cometida por determinados agentes, julgada pelo Poder Judiciário, ao passo que o impróprio revela uma infração político-administrativa, em que a apreciação e a punição política (*impeachment*) são atribuídas ao Poder Legislativo.⁶³

63. É necessária uma boa dose de cautela com a expressão “crime de responsabilidade”. Trata-se de expressão com múltiplas acepções. Não se pode confundir, por exemplo, os crimes de responsabilidade previstos no art. 1º do Decreto-Lei n.º 201/67 com aqueles previstos no art. 85 da Constituição Federal. Este artigo constitucional trata de crimes de responsabilidade do presidente da República e enumera as condutas assim consideradas. São os atos que atentem contra: a) a existência da União; b) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; c) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; d) a segurança interna do País; e) a probidade na administração; f) a lei orçamentária; g)

56) crime de menor potencial ofensivo: é aquele com pena máxima não superior a dois anos, conforme definição do art. 61 da Lei nº 9.099/95, investigado por meio de termo circunstanciado (não inquérito policial), admitindo as medidas despenalizadoras da transação penal e suspensão condicional do processo.

57) crime de médio potencial ofensivo: é aquele em que, apesar de a pena máxima suplantar 2 anos, a pena mínima é igual ou inferior a 1 ano, admitindo a medida despenalizadora da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

58) crime de maior potencial ofensivo: é aquele incompatível com medidas despenalizadoras (transação penal e suspensão condicional do processo).

59) crime hediondo: é o delito constante do rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90. Atualmente, são os seguintes: **a)** homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX); **b)** lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; **c)** roubo com restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V), com emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I), com emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B) e qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º); **d)** extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte;; **e)** extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); **f)** estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); **g)** estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); **h)** epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); **i)** falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B); **j)** favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º); **k)** furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A); **l)** induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação realizados por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitidos em tempo real (art. 122, *caput* e § 4º); **m)** sequestro e cárcere privado cometido contra menor de 18 (dezoito) anos (art. 148, § 1º, inciso IV); **n)** tráfico de pessoas cometido contra criança ou adolescente (art. 149-A, *caput*, incisos I a V, e § 1º, inciso II); **o)** o genocídio (arts. 1º, 2º e 3º, da Lei 2.889/56); **p)** posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido (art. 16 da Lei 10.826/03); **q)** comércio ilegal de arma de fogo (art. 17 da Lei 10.826/03); **r)** tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (art. 18 da Lei nº 10.826/03); **s)** organização criminosa,

o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Como se percebe, os crimes de responsabilidade previstos na Constituição Federal não constituem infrações penais, mas sim infrações políticas. Não são, portanto, crimes em sentido estrito. Por isso, o julgamento de tais “crimes” é igualmente político, realizado pelo Senado Federal.

quando direcionada à prática de crime hediondo ou equiparado; **t**) os crimes previstos no Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69) que apresentem identidade com os crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072/90; **u**) os crimes previstos no § 1º do art. 240 e no art. 241-B da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

60) crime equiparado a hediondo: é o delito não constante do rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90, mas que, por imposição constitucional, sofre os mesmos consectários. São equiparados a hediondo o tráfico de drogas, o terrorismo e a tortura.

61) crime falimentar: é o delito definido na Lei nº 11.101/05, praticado na administração de sociedades comerciais ou da massa falida. Se for praticado pelo falido, será próprio; se por outra pessoa, como o administrador judicial, será impróprio.

62) crime organizado: a doutrina subdivide esta classificação em crime organizado por natureza (ou propriamente dito) e crime organizado por extensão. O primeiro é o tipificado no art. 2º da Lei 12.850/13: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”. O segundo é o cometido por meio de organização criminosa, definida no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13 como “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

63) crime natural e crime de plástico: denominam-se crimes naturais aqueles comportamentos que sempre foram, são e, provavelmente, serão no futuro infrações penais, violando bens jurídicos indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, como, por exemplo, o homicídio (crime contra a vida), o estupro (crime contra a dignidade sexual) etc. Já os crimes de plástico abrangem condutas que, no passado, configuravam um indiferente penal, porém, em razão do momento histórico e social, passa-se a sentir a necessidade de tipificação, como, por exemplo, os crimes cibernéticos.

64) crime federal, crime estadual e crime internacional: crime federal é o de julgamento atribuído à Justiça Federal, cuja competência se extrai do art. 109 da Constituição: a) crimes políticos e infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; b) crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; c) os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; d) crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; e) os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro.

Crime estadual é o julgado pela Justiça Estadual, cuja competência é residual, ou seja, atribui-se-lhe tudo o que não compete à Justiça Federal.

Esta classificação de crimes nos leva a mencionar, ainda que sucintamente, o denominado *incidente de descolamento de competência*, estabelecido no art. 109, § 5º, da Constituição Federal por introdução da EC nº 45/04.

Estamos diante, como já adiantamos, de um incidente de deslocamento de competência (erroneamente chamado de “federalização”) implementado com o propósito de proteger os direitos humanos e, desse modo, assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. O argumento para o instituto se resume na linha de que influências políticas e sociais locais podem, em casos de graves violações de direitos do homem, inibir a atuação da Justiça.

O pressuposto básico para gerar o incidente é a **grave violação aos direitos humanos**, o que nos traz dificuldade para delimitar seu alcance.

Nas academias aprendemos que “direitos humanos”, conjunto de direitos inatos ao ser humano, não estão positivados ou quantificados; logo, são ilimitados no tempo e no espaço. Não podem ser confundidos com os “direitos fundamentais”, estes jurídico-positivados, limitados no território e no tempo em decorrência de seu reconhecimento formal. Para dar ensejo ao deslocamento de competência, qual violação deve ser constatada: dos direitos humanos ou dos fundamentais? A doutrina vem ditando que a melhor solução, tendo em conta a concordância prática dos preceitos constitucionais, é de que o deslocamento deve ser aplicado aos direitos humanos, e não apenas aos direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional.

De qualquer forma, o incidente, segundo pensamos, fere os princípios do juiz (e do promotor) natural, da ampla defesa e do pacto federativo.

A Justiça Federal tem sua competência expressamente definida no art. 109 da CF, pressupondo algum fundamento de razoável interferência federal. Fugindo do rol expresso (e taxativo) do mencionado dispositivo, a EC nº 45 cria perigosa válvula de escape. O incidente soa claramente inconstitucional porque acoplado a requisitos porosos e ambíguos (ferindo a taxatividade ou determinação), com sério risco à segurança jurídica, mais precisamente às garantias do cidadão de saber, previamente ao cometimento do fato, o juiz e o promotor de Justiça naturais.

Não bastasse, da forma como aprovado, o texto não permite o devido contraditório, retirando do Procurador-Geral de Justiça, por exemplo, o poder-dever de rebater eventual imputação de omissão do órgão que chefia.

O incidente é também inconstitucional por ferir a cláusula pétrea do pacto federativo, disfarçando uma intervenção federal “branca” nos Estados; cria uma espécie oblíqua de chefia do Procurador-Geral da República sobre os procuradores-gerais de Justiça. O procedimento consagra o Estado unitário em vez do Estado federado, pois não há “federalização” (força-tarefa ou litisconsórcio entre MPF e MPE perante a Justiça Estadual competente), mas sim unificação de todo o feito no âmbito da União (retira-se o feito do Estado-membro).

O incidente é afinal figura totalmente desnecessária no Estado democrático de direito, pois existem instrumentos já consagrados para lidar com eventuais falhas no sistema de justiça local: a) federalização (unificação) das investigações: de acordo com o disposto no art. 1º, inciso III, da Lei nº 10.446/02 – que regulamenta o art. 144, § 1º, inciso I, da CF/88 – é possível a atuação da Polícia Federal em casos de violação de direitos humanos, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos estaduais de segurança pública; b) desaforamento no rito do Júri quando os jurados forem suspeitos ou comprometidos (art. 424 do

CPP); c) intervenção federal no Estado-membro para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana (art. 34, inciso VII, *b*, da CF/88). Se existem estes expedientes, não há papel relevante para o incidente de descolamento de competência.

O STF, contudo, apreciou esse tema no julgamento conjunto das ADIs 3.486 e 3.493 e declarou constitucional o incidente de descolamento de competência. Segundo o tribunal, o incidente é um instrumento de equacionamento jurídico válido para lidar com a ineficiência do aparato estatal na repressão a graves violações dos direitos humanos. Nesse contexto, a União exerce papel de garante, nos planos externo e interno, dos compromissos internacionais de que o Brasil é signatário na seara dos direitos humanos. O incidente é, ademais, excepcional e subsidiário e tem aplicação imediata, ou seja, independe de lei que o regule, pois a própria Constituição Federal traz todos os parâmetros para sua incidência.⁶⁴

Por fim, o conceito de crime internacional, dentre diversos apontamentos formulados pela doutrina, pode ser exposto em três aspectos⁶⁵:

a) em sentido estrito ou propriamente dito: corresponde aos crimes tipificados no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. São (1) os crimes contra a paz, ou seja, violações da ordem internacional por meio de participação, promoção ou execução de guerras; (2) os crimes de guerra, assim entendidos aqueles atos cometidos mediante violação das leis de guerra, como a utilização de armas vedadas e as condutas que atingem civis fora do contexto da batalha; (3) os crimes contra a humanidade, consistentes em atos de lesa-humanidade, como assassinatos, extermínios, perseguição e escravidão da população civil.

b) em sentido amplo ou transnacional: é o crime que, em virtude de suas características, ultrapassa as fronteiras de determinado Estado, ainda que não haja tipificação em tratados e convenções internacionais.

c) por contaminação ou difusão: a delinquência por contaminação ou difusão se define pela exteriorização – independentemente de tipificação em tratados ou convenções – se não simultaneamente, após breve intervalo de tempo em diversos Estados, exibindo as mesmas características.

65) crime de ódio: é cometido contra alguém em virtude de origem, etnia, cor, orientação sexual, religião, condição social etc. É o tipo de crime que, embora vitime indivíduos de forma imediata, é baseado em um injustificado sentimento de repulsa por determinados grupos. Em nosso ordenamento jurídico temos exemplos de crimes de ódio tipificados na Lei 7.716/89, que se ocupa de condutas resultantes de preconceito de raça ou de cor⁶⁶; temos também a qualificadora do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP), baseada no assassinato de mulheres em razão da condição do sexo feminino. Ainda nesse âmbito, o STF, ao julgar a ADO 26, firmou a seguinte tese: “Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização

64. ADIs 3.486/DF e 3.493/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11/09/2023.

65. *O direito penal internacional e os crimes internacionais*. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Disponível em http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_05.pdf.

66. Entre esses crimes se encontra a injúria cometida em razão de raça, cor, etnia e procedência nacional - Lei 14.532/23.

definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). O tribunal também decidiu que atos ofensivos à honra praticados nesse contexto podem ser tipificados como injúria racial.⁶⁷

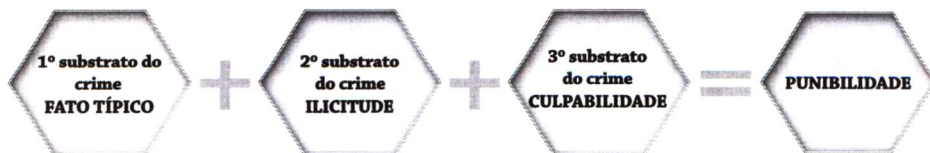
66) Delito de clima: é assim denominado por criar uma atmosfera favorável à prática de crimes ou à propagação do ódio. Situa-se na categoria dos crimes de expressão política, desenvolvida pelas doutrinas alemã e italiana, orientando-se, pela sua composição típica, para a punição de determinadas formas de expressão situadas no espaço público aberto, a que presida uma determinada motivação política que o legislador enquadra como lesiva de bens públicos.⁶⁸ Como exemplo, temos a figura do parágrafo único do art. 286, inserida pela Lei 14.197/21. Pune-se com detenção de três a seis meses, ou multa, quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.

7. SUBSTRATOS DO CRIME

Como tivemos oportunidade de antecipar, o conceito analítico de crime compreende as estruturas do delito, isto é, os substratos que, somados, formam a infração penal.

Prevalece, hoje, que, sob o enfoque analítico, crime é composto de três substratos: (i) fato típico, (ii) ilicitude (ou antijuridicidade) e (iii) culpabilidade. Presentes os três, o direito de punir do Estado se concretiza, surgindo a punibilidade (que não é substrato do crime, mas sua consequência jurídica).

Vejamos, com atenção, cada substrato do delito, começando pelo fato típico.



67. MI-ED 4.733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22/08/2023.

68. MATOS, Nuno Igreja. Discursos políticos e direito penal: a posição referente do direito fundamental à liberdade de expressão e os crimes de expressão política. *Anatomia do crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n. 6, p. 97-127, 2017, p. 116.

Capítulo II

FATO TÍPICO

Sumário • 1. Introdução; 2. Conduta; 2.1. Teoria Causalista; 2.2. Teoria Neokantista; 2.3. Teoria Finalista; 2.4. Teoria social da ação; 2.5. Teorias funcionalistas; 2.5.1. Funcionalismo Teleológico, Dualista, Moderado ou da Política Criminal; 2.5.2. Funcionalismo Radical, Sistêmico ou Monista; 2.6. Teoria da Ação Significativa; 2.7. Características e elementos da conduta; 2.8. Causas de exclusão da conduta; 2.8.1. Caso Fortuito ou de Força Maior; 2.8.2. Involuntariedade; 2.8.3. Coação física irresistível (*vis absoluta*); 2.9. Formas de conduta; 2.9.1. Quanto à voluntariedade do agente; 2.9.1.1. Do crime doloso; 2.9.1.2. Do crime culposo; 2.9.1.3. Do crime preterdoloso; 2.9.2. Erro de tipo; 2.9.2.1. Erro de tipo x Erro de proibição; 2.9.2.2. Erro de tipo: espécies; 2.9.2.3. Erro de tipo: questões complementares; 2.9.3. Quanto ao modo de execução; 2.9.3.1. Crime comissivo; 2.9.3.2. Crime omissivo; 2.9.3.3. Crime de conduta mista; 3. Resultado; 4. Nexo causal; 4.1. Conceito; 4.2. Concausas; 4.3. A teoria da imputação objetiva; 4.3.1. Criação ou incremento de um risco proibido; 4.3.2. Realização do risco no resultado; 4.3.3. Resultado se encontra dentro do alcance do tipo; 4.4. Causalidade nos crimes omissivos; 5. Tipicidade penal; 5.1. Evolução da tipicidade penal; 5.2. Tipicidade conglobante; 5.3. Espécies de tipicidade formal; 5.4. Tipo penal: elementos; 5.5. Tipo penal: modalidades.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o princípio da exteriorização ou materialização do fato, ao Direito Penal só interessam fatos humanos, pouco importando os acontecimentos da natureza dos quais não participa o homem. Entretanto, não são todos os fatos humanos que ficam na mira do Direito Penal, mas somente aqueles indesejados pelo meio social, não reprovados de forma eficaz pelos demais ramos do Direito e que provoquem relevante e intolerável lesão ao bem jurídico tutelado. Havendo um fato humano, indesejado, consistente numa conduta causadora de um resultado, ajustando-se a um tipo penal, deixa de ser um simples fato e passa a ser um fato tipicamente penal (**fato típico**).

Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteada pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime ou contravenção penal. Do seu conceito extraímos seus elementos: *conduta, nexo causal, resultado e tipicidade*.

2. CONDUTA

- ☒ **A conduta, como acabamos de apresentar, é um dos elementos do fato típico, e, uma vez ausente, não se pode falar em crime (*nullum crimen sine conducta*). Mas o que vem a ser, efetivamente, conduta?**

Eis aqui uma das mais candentes discussões que percorreu (e ainda percorre) o Direito Penal. Como bem esclarece Andreas Eisele:

“O conceito de conduta foi desenvolvido no âmbito da ciência jurídico-penal com base nas teorias que orientam a dogmática jurídica. Estas teorias, por sua vez, foram elaboradas em conformidade com diversos paradigmas científicos formulados pela filosofia”.¹

2.1. Teoria Causalista

A teoria causalista (ou **teoria causal naturalista**, **teoria clássica**, **teoria naturalística** ou **teoria mecanicista**), idealizada por Franz von **Liszt**, Ernst von **Beling** e Gustav **Radbruch**, surge no final do século XIX e faz parte de um panorama científico marcado pelos ideais positivistas que, no âmbito científico, representavam a valorização do método empregado pelas ciências naturais, reinando as leis da causalidade (relação de causa-efeito). O mundo deveria ser explicado através da experimentação dos fenômenos, sem espaço para abstrações. Explica tudo o que nos cerca pela lei da natureza. O homem explica o mundo ao seu redor por leis não metafísicas, mas físicas. Como bem lembram **Juan Ferré Olivé**, **Miguel Nuñez Paz**, **William Terra de Oliveira** e **Alexis Couto de Brito**:

“O auge do positivismo nas ciências penais foi provocado por uma crise de acontecimentos que se sucederam na Europa em meados do século XIX. As transformações políticas, a Revolução Industrial e em geral a efervescência social da época, intensificaram mudanças nas diversas ordens da vida. Fomentaram-se os estudos científicos, porque se confiava na ciência como uma espécie de tábua de salvação que permitiria ao ser humano evoluir superando todas as suas penúrias. Mas o ponto de partida foi justamente rerepresentar o conceito de ciência, reservando-o para aquelas parcelas de conhecimento que servissem ao progresso da humanidade. Deste ponto de vista, prevaleciam as matemáticas e as ciências naturais, porque eram exatas e podiam ser observadas pelos sentidos”².

Nesse contexto, também o direito deve atender à exatidão das ciências naturais, resultando na concepção clássica de conduta, tida como mero processo causal destituído de finalidade (querer interno). Trata-se de um movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior *perceptível pelos sentidos*³.

1. Ob. cit. p. 216.

2. Ob. cit. p. 131.

3. Decorre da visão causalista (observar conduta apenas pelos sentidos) a distinção feita entre **tipos normais** e **tipos anormais**. Os tipos normais seriam aqueles compostos estritamente de elementos objetivos, percebidos pelos sentidos. Por sua vez, os tipos anormais seriam todas aquelas normas penais que exigissem valoração, porque compostas de elementos normativos e/ou subjetivos. Tais tipos, não mais percebidos apenas pelos sentidos, justificam seu nome: *anormais*. O homicídio, por exemplo, seria um tipo normal: “*Matar alguém*” (art. 121 do CP). Os dados constantes desta norma são apreensíveis pelos sentidos humanos. Já a falsidade ideológica seria um tipo anormal: “*Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar [...] com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”. (art. 299, CP). As expressões “documento” e “com o fim de” são, respectivamente, elemento normativo

A **vontade**, na perspectiva causalista, é composta de um aspecto externo, o movimento corporal do agente, e de um aspecto interno, vontade de fazer ou não fazer (conteúdo final da ação). A ação seria, portanto, composta de vontade, movimento corporal e resultado, porém a vontade não está relacionada à finalidade do agente, elemento analisado somente na culpabilidade. Dessa forma, a teoria causalista não permite que se analise o dolo e a culpa na conduta, mas de maneira nenhuma isso significa a consagração da responsabilidade objetiva, pois os elementos relativos ao propósito do agente são encontrados na culpabilidade.

Para estabelecer a relevância penal da conduta, são considerados apenas elementos objetivos, isto é, se a ação praticada provocou um resultado externo. É uma simples relação de causa e efeito (por isso a teoria se denomina “causalista”). Se, por exemplo, durante manobra para estacionar um caminhão, o motorista atinge e mata um pedestre, do ponto de vista causalista há um fato típico, pois a ação do motorista (manobra do veículo) provocou uma alteração no mundo exterior (morte do pedestre). Há tipicidade (art. 121 do Código Penal) e nexa causal entre a conduta do motorista e o resultado.

Ação (causalismo)	Ação típica (fato típico)	Processo interno da vontade (sem finalidade); movimento corporal que exterioriza a vontade; resultado dessa atuação.
	Ação dolosa ou culposa (culpabilidade)	Conteúdo da vontade

Aníbal Bruno, partidário da teoria causalista, deixa claras as premissas sobre as quais se funda esta corrente:

“A ação pode definir-se como um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. [...] Mas a vontade que constitui elemento do conceito é apenas aquela necessária para fazer do comportamento um ato próprio do agente, isto é, um acontecer que tem por impulso causal um processo interno volitivo e não simples ato reflexo. Não importa qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade, sob o ponto de vista normativo. Se ela é eficaz para fazer o agente responsável, se é ilícita, se o agente tem consciência dessa ilicitude, esses já são problemas da culpabilidade. A sua vontade, insuficiente para fundamentar a culpabilidade, basta para constituir o elemento subjetivo da ação”⁴.

Para a teoria causalista, o conceito analítico de crime é composto por **três** partes: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade.

e subjetivo, porque demandam valoração do intérprete no intuito de compreender o seu significado. Não podemos esquecer que o causalista construiu sua teoria com base nas ciências naturais, confiando na observação (e não valoração).

4. Ob. cit., p. 296-299.

É, portanto, tripartite. Com efeito, como já adiantamos, é somente no terceiro substrato do crime que se deve analisar o dolo ou a culpa. Valendo-nos ainda do exemplo posto logo acima, imaginemos que o motorista esteja efetuando a manobra com toda a cautela exigida e que o pedestre se aproxime do caminhão em um ponto que torne impossível que o motorista o aviste. Na perspectiva causalista não há crime por ausência de culpabilidade.

A culpabilidade, conceituada como vínculo psíquico entre o autor e o resultado, seria composta de dois elementos: a imputabilidade e a culpabilidade dolosa ou a culpabilidade culposa.

Na teoria causalista seria impossível prosperar movimento semelhante ao que – como veremos à frente – surgiu no finalismo sustentando o conceito bipartido de crime. Ora, se o dolo e a culpa são componentes da culpabilidade, extraí-la do conceito de crime significaria impor a responsabilidade penal objetiva.

Na concepção primária da teoria causalista, o dolo é natural, composto por consciência e vontade, pois a consciência da ilicitude ainda não o integra. O que inspira essa ideia é a inexistência do livre arbítrio, que cede ante o determinismo, o que torna indiferente saber se o agente tem ou não consciência da ilicitude. Embora em um momento mais avançado da teoria houvesse doutrinadores que aceitassem o dolo normativo, outros resistiam, sustentando o dolo natural. É somente na teoria neokantista, precedida pela retomada gradual da ideia do livre arbítrio, que o dolo normativo se consolida por meio da inserção da consciência atual da ilicitude (elemento normativo do dolo).

Fato típico	Antijuridicidade	Culpabilidade
• Conduta (sem finalidade) • Resultado • Nexo causal • Tipicidade	• Formal: presença ou não de causa excludente	• Imputabilidade • Dolo ou culpa (finalidade)

Diversas são as críticas tecidas ao causalismo, lembrando que esta teoria perde força quando a própria física mecânica é relativizada:

(i) Ao conceituar ação como movimento humano causador de uma modificação no mundo exterior, esta teoria não explica de maneira adequada os crimes omissivos próprios, nem os delitos formais e de mera conduta, que não têm resultado naturalístico;

(ii) Não há como negar a presença de elementos normativos e/ou subjetivos no tipo penal;

(iii) A alocação do dolo e da culpa na culpabilidade impede a distinção, apenas pelos sentidos, entre a lesão corporal e a tentativa de homicídio, já que a finalidade do agente não está presente em sua ação, e o comportamento de quem quer ferir é, para os sentidos, o mesmo de quem quer matar e não consegue;

(iv) É inadmissível imaginar a ação humana como um ato de vontade **sem** finalidade. Toda ação humana é dirigida a um fim, existindo sempre uma relação psíquica entre conduta e resultado.

	CAUSALISMO
Crime	É ato voluntário contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato Típico	A ação integra o fato típico e é definida como movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. É elemento objetivo, não admitindo qualquer valoração.
Antijuridicidade	Elemento objetivo. É a conduta típica sobre a qual não incide nenhuma causa de justificação (valoração objetiva de um fato natural).
Culpabilidade	Elemento subjetivo. Constituída por dolo e culpa (suas espécies), além da imputabilidade (culpabilidade psicológica – valoração psicológica do autor do fato).
Críticas	Desconsidera que toda ação humana é dirigida a uma finalidade; não explica de maneira adequada os crimes omissivos, formais e de mera conduta; desconsidera os elementos normativos e os elementos subjetivos do tipo). O causalismo perde força quando a própria física mecânica é relativizada.

2.2. Teoria Neokantista

A teoria neokantista (também denominada de teoria causal-valorativa) foi desenvolvida nas primeiras décadas do século XX. Tendo como maior expoente **EDMUND MEZGER**, fundamenta-se numa visão neoclássica marcada pela superação do positivismo (o que não significa a sua negação) através da **introdução da racionalização no método**. Há a manutenção da natureza causal. Apesar de inserir normatização, não abandona a descrição positivista-causal como cerne. A vinculação estreita entre a conduta e o resultado é mantida pela teoria. Por isso, o sistema é também denominado “causal”. Contudo, o conceito de conduta abandona o cunho puramente naturalístico do causalismo clássico, passando a se orientar por critérios valorativos.

Trazemos à baila, mais uma vez, as lições de **JUAN FERRÉ OLIVÉ**, **MIGUEL NUÑEZ PAZ**, **WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA** e **ALEXIS COUTO DE BRITO**:

“O positivismo jurídico havia realizado uma mudança metodológica muito importante para poder ser considerado científico. O modelo LISZT-BELING implicou na aparição do causalismo naturalista: o delito estruturava-se sobre uma ação ou movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos. A partir deste ponto constrói-se um sistema de responsabilidade penal aplicando-se um método similar ao das ciências naturais ou exatas.

Estas ideias são objeto de uma forte crítica por parte do neokantismo. Pergunta-se se é possível apreciar toda a realidade com ajuda do método das ciências naturais. A resposta é negativa, porque as ciências naturais somente permitem explicar parcialmente a realidade: aquilo que igualmente se repete. Todavia, não explicam os traços que fazem relevantes um objeto em sua individualidade. Por esse motivo, junto às ciências científico-naturais, devem existir outras: as ciências do espírito, conceito que compreende as ciências da cultura, e entre elas, o direito. Essas ciências confrontam os dados

da realidade com os valores da comunidade. No direito existiria uma referência permanente ao mundo dos valores, já que se recorre ao valor Justiça. Isto marca as diferenças entre as ciências do ser (naturais e exatas) e do dever ser (cultura, direito)”⁵.

Deste modo, a teoria neokantista representa a substituição dos valores experimentalistas, próprios das ciências naturais, pelos valores metafísicos, ou seja, pela valoração dos fenômenos (método axiológico). Trata-se de um rompimento com o monismo metodológico do positivismo, que acreditava que todas as ciências deveriam ser analisadas através de uma mesma forma de observação (a forma causal).

A teoria neokantista **não** altera a estrutura do conceito analítico de crime, compreendendo-o, também, como fato típico, antijurídico e culpável. A conduta permanece sendo elemento do fato típico, porém é mais abrangente, aparecendo não como ação, mas como comportamento, englobando a omissão. Também se deve a essa teoria a admissibilidade de valoração na tipicidade, pois são inseridos no tipo elementos normativos, que demandam juízo de valor, além de características subjetivas que indicam finalidades especiais. Como destaca **JUAREZ TAVARES**, o tipo penal é

“resultado de juízos de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador de dar proteção aos chamados bens jurídicos, que, na realidade, são categorias relacionais do modelo organizacional material vigente, calcado nas estruturas de classe.

A inserção de juízos de valor no tipo é, em primeiro lugar, denotada com a introdução de componentes normativos na ação e torna-se, com o tempo, cada vez mais frequente, de tal forma que já chega a diluir-se a segurança que dele se deve esperar.

Mas, ao lado da tendência normatizante do tipo, evidencia-se na antijuridicidade, da mesma forma, em decorrência de modificações no método legislativo, que um número considerável de fatos não se identifica como injusto sem a ajuda de características subjetivas. Assim, dá-se, por exemplo, nos delitos de furto, roubo e estelionato, para os quais é indispensável, respectivamente, que, aliada à subtração querida da coisa, ou à lesão patrimonial produzida fraudulentamente, subsista a intenção especial de apropriação (furto e roubo) ou de enriquecimento (estelionato). Essas exigências estão absolutamente em sintonia com o Código Penal brasileiro, que, nos crimes citados, condiciona a integração do tipo de injusto a que as ações sejam praticadas para si ou para outrem, isto é, no sentido de apropriação ou de enriquecimento”⁶.

No âmbito da antijuridicidade, antes vista como elemento meramente formal, há transformações: onde não houver lesão de interesse algum, não haverá antijuridicidade.

5. Ob. cit. p. 139.

6. Teorias do Delito: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 39.

Em outras palavras, a **antijuridicidade tem um aspecto material**. A respeito, destaca-se a lição de **LUIZ REGIS PRADO, segundo quem, para MEZGER, o conceito de ação**

“está compreendido no de resultado, como ‘a total realização típica exterior, por isso o resultado compreende tanto a conduta corporal do agente como o resultado externo por ela causado’. Por conseguinte, ‘integram o resultado a totalidade dos efeitos que produz no mundo exterior o ato de vontade, que é a base da ação’.

Ainda segundo o autor referido, o conceito de ação (conceito natural de ação) ‘apresenta-se na conduta humana convertida em objeto de consideração jurídico-penal – um acontecimento natural-real no mundo da experiência. Como elemento do sistema normativo jurídico-penal indica o que deve ser punido com pena’.

As consequências dessa diretriz se revelam, sobretudo, na teoria da antijuridicidade.

O delito é a ação *tipicamente antijurídica*, visto que a tipicidade não constitui um elemento independente da antijuridicidade.

No sistema de Mezger, então, estuda-se em primeiro lugar a antijuridicidade como injusto objetivo e depois como injusto típico. À ilicitude meramente formal da teoria anterior agrega-se a denominada ilicitude material. Também em Sauer os elementos do conceito de delito não se acham coordenados como no sistema clássico (Beling-Liszt), sendo a tipicidade uma *antijuridicidade tipificada*. Suas características subjetivas estão tipificadas na culpabilidade.

A ação vem a ser causalidade juridicamente relevante, consistente em atuar no sentido de um resultado (socialmente útil ou danoso), juridicamente relevante. Delito aparece como um comportamento antijurídico e culpável”.⁷

Por sua vez, a culpabilidade foi bastante enriquecida pelos neoclássicos. Com o autor alemão Reihnart Frank, erigiu-se a **teoria psicológico-normativa**, segundo a qual dolo e culpa não são espécies de culpabilidade, mas sim elementos autônomos deste substrato, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa. Por sua vez, o dolo teria como elemento a consciência atual da ilicitude (dolo normativo). Com essa estruturação, a culpabilidade é compreendida não apenas como um vínculo entre o agente e o resultado, mas também como um **juízo de reprovação ou censurabilidade, pois, ainda que haja dolo ou culpa, o agente só será punido se puder ser reprovado em razão de sua atuação típica e ilícita**.

De forma sintética, analisa **JUAREZ CIRINO DOS SANTOS** que:

“A desintegração do sistema *clássico* do fato punível do modelo causal de ação originou o atual sistema *neo-clássico* de fato punível, um produto da reorganização teleológica do modelo *causal* de ação segundos *fins* e *valores* do direito penal: o conceito de ação deixa

7. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, p. 421.

de ser apenas *naturalista* para ser, também, *normativo*, redefinindo como *comportamento humano voluntário*; a *tipicidade* perde a natureza de *livre-de-valor* para incluir elementos *normativos*, como documento, motivo torpe etc., e elementos *subjetivos*, como a intenção de apropriação, no furto e até mesmo o dolo, na tentativa; a *antijuridicidade* indica não apenas infração formal da norma jurídica, mas o significado material de dano social, admitindo graduação do injusto conforme o valor lesionado; a *culpabilidade*, sensível a juízos de valor, se estrutura como conceito *psicológico-normativo*, com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever: somente comportamentos reprováveis podem ser atribuídos à culpabilidade do autor”.⁸

Fato típico	Antijuridicidade	Culpabilidade
• Conduta (sem finalidade) • Resultado • Nexo causal • Tipicidade	• Aspecto material: danosidade social	• Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Dolo (elemento: consciência atual da ilicitude) • Culpa

Embora represente uma evolução à teoria causalista, a teoria neokantista, justamente por se basear naquela para a construção de seus pressupostos, foi criticada por ser contraditória ao reconhecer elementos normativos e subjetivos do tipo ao mesmo tempo em que manteve o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade.

Neokantismo	
Crime	Adota o conceito de delito do naturalismo, agregando ao tipo dados valorativos.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato Típico	Ao invés de ação, prefere-se comportamento (abrangendo omissão), não mais neutra, expressando uma valoração negativa da lei.
Antijuridicidade	Deixa de ser puramente formal, exigindo danosidade social (antijuridicidade material)
Culpabilidade	Deixa de ser psicológica e passa a ser psicológica-normativa (dela faz parte a exigibilidade de conduta diversa). Passa a ser também juízo de censura.
Críticas	Partindo de conceitos naturalistas, ficou contraditório quando reconheceu elementos normativos e subjetivos no tipo.

8. A moderna teoria do fato punível. Curitiba: Fórum, 2004, p. 13-14.

2.3. Teoria Finalista

A teoria finalista ou final representa verdadeira evolução na análise da conduta e dos elementos do crime.

Criada por **Hans Welzel** em meados do século XX (1930-1960), a teoria finalista concebe a **conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim**. A **finalidade**, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem. É ela que transformará a ação num ato de vontade com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer. Supera-se, com esta noção, a “cegueira” do causalismo, já que o finalismo é nitidamente “vidente”⁹.

Explica **JORGE DE FIGUEIREDO DIAS**:

“A verdadeira ‘essência’ da acção humana foi encontrada por Welzel na verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a fins mentalmente antecipados, escolhendo para o efeito os meios correspondentes: toda a acção humana é assim supradeterminação final de um processo causal. Eis a natureza ontológica da acção, a partir da qual todo o sistema do facto punível haveria de ser construído”¹⁰.

É natural na conduta humana a existência de uma finalidade, o que tornava artificial o destaque que as teorias precedentes promoviam entre a conduta e o propósito do agente. Se é próprio do direito regular condutas, é necessário que o faça baseado nas características naturais da ação humana. Como lembra **Juarez Tavares**,

“É deveras indiscutível que qualquer atividade humana compõe-se de elementos subjetivos e objetivos. Isto, inclusive, já foi demonstrado desde há muito, ainda fora e antes da conceituação analítica do delito. Esses elementos subjetivos e objetivos dizem respeito, respectivamente, aos aspectos intelectivo-material (interno) e ao desdobramento material (externo) da conduta. A simples atribuição, porém, de componentes internos e externos a uma conduta não a qualifica ainda como tipicamente humana. Os animais podem conduzir-se por impulsos instintivos internos e externos. Para que essa atividade possa vir a ser uma atividade humana, é imperioso relacionar-se com os próprios objetivos que a vida social propõe a seus membros. Daí dizer-se, desde Aristóteles, que tudo se dirige a um determinado fim, ou, como Welzel, que a ação é compreendida como o ‘exercício da atividade finalista’”¹¹.

9. Dizia-se “cego” o causalismo porque a conduta, para esta corrente, não enxerga nada – não se destina a um fim.
10. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral* Tomo I. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007, p. 245.
11. Teorias do Delito: variações e tendências. Ob. cit., p. 58.

Os finalistas também compreendem o crime como fato típico, antijurídico e culpável¹², mas há uma grande mudança estrutural que se opera por meio da migração de dolo e culpa da culpabilidade para o fato típico, o que rendeu críticas ao finalismo – que teria “esvaziado” a culpabilidade.

Nesse contexto, assevera **HELENO CLÁUDIO FRAGOSO** que:

“A evolução se processa no sentido de excluir da idéia de culpa elementos psicológicos, reduzindo-a a conceito normativo. Isso se faz com a transferência para o tipo e a antijuridicidade de certos elementos subjetivos [...] e, sobretudo, com a observação de que na culpa cumpre distinguir a valoração do objeto e o objeto da valoração (*Graf zu Dohna*). O dolo (destacado da consciência da ilicitude, que é momento normativo) integra a conduta típica, ilícita, ou seja, integra o objeto valorado e não pertence à culpabilidade.”¹³.

Ao migrar para o fato típico, o dolo passa a ter dois elementos: consciência e vontade. O tipo, por sua vez, passa a ter duas dimensões: a **dimensão objetiva** (conduta, resultado, nexos e adequação típica) e a **dimensão subjetiva**, representada pelo dolo ou pela culpa.

Ao se destacar da consciência da ilicitude, alocada como elemento próprio na culpabilidade, o dolo perde o seu elemento normativo. Por este motivo é que, no finalismo, o dolo é **natural** (despido de valoração), é o **dolus bonus**. Contrapõe-se, portanto, à perspectiva do dolo normativo, do **dolus malus**.

	Teoria neokantista	Teoria finalista
Espécie de dolo	Dolo normativo (<i>dolus malus</i>)	Dolo natural (<i>dolus bonus</i>)
Elementos do dolo	• Consciência atual da ilicitude • Vontade de praticar a conduta	• Consciência da conduta • Vontade de praticar a conduta dirigida a uma finalidade
Localização no conceito analítico de crime	• Culpabilidade	• Fato típico

As mudanças sofridas revelam a adoção, pelos finalistas, da **teoria normativa pura** da culpabilidade, que passa a representar meramente um juízo de reprovação, uma valoração que se faz sobre a conduta típica e ilícita do agente, e tem como elementos a impunitividade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

12. No Brasil surge o finalismo bipartite (dissidente), ensinando que o crime é composto de apenas dois substratos: fato típico e antijuridicidade. Para os dissidentes, a culpabilidade não compõe o crime, apresentando-se como mero pressuposto de aplicação da pena, um juízo de censura. Vamos estudar melhor essa discussão no tema **culpabilidade**.

13. *Lições de Direito Penal*. Ob. cit., p. 240.

O finalismo é adotado pela maioria da doutrina brasileira, que o considera presente no Código Penal¹⁴. Não obstante, é também objeto de algumas críticas:

(i) O finalismo concentrou sua teoria no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado.

(ii) A teoria não explica a contento o crime culposos, pois não se concebe a ação dirigida a um fim quando o resultado naturalístico é involuntário. Em contraponto, argumenta-se que também a conduta culposa é orientada por uma finalidade, embora lícita, decorrendo o resultado ilícito culposos dos meios eleitos pelo agente para alcançar aquela finalidade. Por isso, a reprovação não recai sobre a finalidade da conduta, mas sobre os meios de que o agente lançou mão e que indiquem a imprudência, a negligência ou a imperícia.

Buscando compatibilizar a teoria final aos crimes culposos, **Welzel** criou a **teoria cibernética**, levando em conta o **controle da vontade**, presente tanto nos crimes dolosos como nos culposos. Em sua concepção, seria o termo mais adequado para designar a ação como fato dirigido e orientado pela vontade. Considerando, no entanto, que o termo tem uso específico na matemática e que a expressão *teoria finalista* se consolidou no campo jurídico-penal, esta última denominação é a que permanece.

	Finalismo
Crime	É o comportamento humano voluntário dirigido a uma finalidade, antijurídico e reprovável.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato Típico	A ação deixa de ser concebida com mero processo causal (mero movimento corporal, cego) para ser enfocada como exercício de uma atividade finalista (exercício vidente). O dolo e a culpa migram da culpabilidade para o fato típico.
Antijuridicidade	Contrariedade do fato a todo o ordenamento jurídico (desvalor da conduta – análise subjetiva)
Culpabilidade	Passa a ser normativa pura, acrescida da potencial consciência da ilicitude
Críticas	A finalidade não explica os crimes culposos (sendo frágil também nos crimes omissivos); a teoria se centralizou no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado

14. Um dos fundamentos para a defesa de que o Código Penal teria adotado a teoria finalista é o artigo 20, *caput*, do Código Penal (redação dada pela Lei nº 7.209/84), que trata do erro de tipo. Ao disciplinar o tema, o legislador traz como consequência deste erro, que recai sobre a consciência do agente (elemento do dolo) a exclusão do fato típico.

2.4. Teoria social da ação

A teoria social da ação foi desenvolvida por **Johannes Wessels** e tem como principal adepto **Hans-Heinrich Jescheck**. A pretensão desta teoria não é substituir as teorias clássica e finalista, mas sim acrescentar-lhes uma nova dimensão, a relevância ou transcendência social. Como bem sintetiza **BITENCOURT**:

“a teoria causal leva à imputação do resultado e ao desvalor do resultado; a teoria finalista destaca a natureza intencional da ação e o desvalor desta; e, finalmente, a teoria social insere o contexto social geral na valoração da ação. Em outros termos, a teoria causal da ação não considera a essência da ação humana, mas a possibilidade de atribuir determinado resultado a dita ação. As teorias final e social, ao contrário, valorizam a essência da ação humana em si, embora sob pontos de vista distintos: a teoria final da ação em relação ao fenômeno humano interno, e a teoria social enquanto acontecimento na vida social comum. Na verdade, os dois pontos de vista não se excluem, mas se complementam. A teoria social — nos termos definidos por Maurach, Wessels e Jescheck — e a teoria final coincidem em seus resultados práticos: na classificação dos elementos estruturais do fato punível, nas diferentes fases do crime e na localização do dolo e da culpa no tipo penal.

Seguindo essa orientação, e considerando a dificuldade de encontrar um conceito de ação jurídico-penal satisfatório, Maurach afirma que “uma ação em sentido jurídico-penal é uma conduta humana socialmente relevante, dominada ou dominável por uma vontade final e dirigida a um resultado”.¹⁵

Deste modo, a conduta, para a teoria social, é o comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim **socialmente relevante**. A reprovabilidade social passa a integrar o conceito de conduta, na condição de elemento implícito do tipo penal: se determinado comportamento é aceito socialmente, não pode ao mesmo tempo ser considerado típico.

Dolo e culpa, para esta teoria, integram o fato típico, mas seriam novamente analisados quando do juízo de culpabilidade.

Os adeptos desta teoria sustentam seu valor na capacidade que tem de adequar a realidade jurídica à realidade social, pois um fato não pode ser considerado tipicamente penal ao mesmo tempo em que a sociedade lhe é indiferente e o resultado de eventual conduta, consequentemente, não tem relevância social.

A principal crítica que se faz à teoria social da ação é a vagueza do conceito de transcendência ou relevância social. Trata-se de noção por demais ampla, sendo arriscado incorporá-la ao Direito Penal, dada a gravidade dessa espécie de intervenção jurídica. Além disso, a teoria não é capaz de lidar adequadamente com diversos fenômenos que,

15. Ob. cit., p. 306-307.

embora tenham relevância social, resultam de eventos naturais (como a morte de alguém em decorrência de um terremoto), de movimentos reflexos ou de coação física irresistível:

“Claus Roxin também aborda o assunto, alertando que a teoria social da ação não é capaz de delimitar, de excluir do conceito de ação, as condutas que não são juridicamente relevantes, como por exemplo, os movimentos reflexos e os decorrentes de coação física irresistível. Por essa razão, ‘os defensores do conceito social de ação se vem forçados ou a tomar emprestadas as características do conceito natural de ação, recorrendo aos critérios da voluntariedade, dominabilidade ou semelhantes, e a expor-se assim as objeções formuladas contra dito conceito, ou bem transferir a função delimitadora a um elemento situado à margem do social’.

Outra crítica feita pelo autor diz respeito à mimetização que essa teoria faz do Direito com a moral. Muitas vezes, o Direito regula fatos já valorados moralmente (valoração social), e outras tantas a valoração jurídica é antecedente, determinando a valoração social. Assim, em diversos casos, uma conduta só será socialmente relevante, pois típica, o que faz perder o sentido da teoria da ação, já que a relevância da conduta deve antever a sua tipificação pela norma”.¹⁶

	Teoria Social da Ação
Crime	É o comportamento humano voluntário dirigido a uma finalidade socialmente relevante , antijurídico e reprovável.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato Típico	Adota-se a estrutura do finalismo, mas acrescenta-se a noção da relevância social da ação.
Antijuridicidade	Contrariedade do fato a todo o ordenamento jurídico (desvalor da conduta – análise subjetiva)
Culpabilidade	Se identifica com a estrutura do finalismo, mas inclui nova análise do dolo e culpa
Críticas	Vagueza do conceito de “relevância social”

2.5. Teorias funcionalistas

As teorias funcionalistas penais ganham força na década de 70, discutidas com ênfase na Alemanha, buscando, em apertada síntese, adequar a dogmática penal aos fins do Direito Penal¹⁷. Nasce da percepção de que o Direito Penal tem necessariamente uma

16. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 204.

17. Já estudamos que a teoria do delito nos revela um sistema, leia-se, conjunto de elementos que giram em torno de uma ideia fundante. Qual a ideia fundante? Para os causalistas e finalistas, era a conduta. Nessas teorias percebe-se um discurso da análise do crime a partir da conduta humana (orientada pelo mundo do ser). A ideia fundante, agora, é a função do Direito Penal. Em seu torno deve “girar” a teoria do crime.

missão e que os seus institutos devem ser compreendidos de acordo com ela. São teorias funcionalistas, na medida em que constroem o Direito Penal a partir da função que lhe é conferida¹⁸. Visualizam o Direito Penal como uma função inserida na ordem jurídica. **Conduta, portanto, deve ser compreendida de acordo com a missão conferida ao Direito Penal, o que estabelece um novo paradigma, tendo em vista que o conceito finalista parte do pressuposto de que a conduta é composta por elementos que não podem ser modificados pela norma jurídica, ao passo que o funcionalismo define a conduta a partir de dados normativos, rejeitando qualquer subordinação da norma a elementos prévios. Ensinam PACELLI e CALLEGARI que os sistemas funcionalistas:**

“rejeitam a ideia da subordinação de qualquer sistema jurídico – que, em última análise, cuida do *dever ser* das normas – a elementos cujo sentido e alcance prático já estejam previamente constituídos. Relembre-se que WELZEL se referia ao conceito de ação *final* como algo absolutamente imutável, isto é, como algo *fora do controle* das normas jurídicas. Afirmava ele, então, que o Direito, e, em especial, o Direito Penal, não poderia ignorar determinadas *realidades*, dele independentes e concretamente constituídas. A ação, por exemplo, não poderia receber outro tratamento legislativo que recusasse a sua estrutura *finalística*, enquanto manifestação de uma vontade pré-orientada a determinada finalidade.

Ao contrário, os funcionalistas veem nisso – nas estruturas *reais, ontológicas* (estudo do *ser*) – um empecilho para a construção de um sistema jurídico que possa se voltar para as necessidades regulativas do Direito. Este, o Direito, qualquer que seja a sua configuração, deve se guiar *pelos funções a ele atribuídas* pelo ordenamento.

Assim, se a política criminal pretende obter esse ou aquele resultado por meio das incriminações e demais normas do Direito Penal, a dogmática jurídica (penal) deveria se orientar por essas finalidades declaradas. Com isso, dever-se-ia construir um sistema *funcionalmente* estruturado, de tal maneira que, por ocasião de sua aplicação concreta (dele, Direito Penal), se cumprissem as missões e as funções anteriormente definidas (pelas políticas criminais).

Naturalmente, um sistema penal *funcionalista* ou orientado pelos valores (bens) escolhidos à (para) tutela na política criminal deverá estar também atrelado às funções da pena, que, em última instância, se inserem no âmbito das funções do próprio Direito Penal. Relembrando: para nós, a função essencial do referido Direito é a proteção de bens jurídicos, o que é feito por meio das normas incriminadoras, via das quais se proíbem comportamentos danosos. E a pena, como preceito secundário, buscaria garantir a eficácia dessas proibições”.¹⁹

18. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 204.

19. Ob. cit., p. 65.

São **duas** as principais correntes funcionalistas: o funcionalismo teleológico, de **CLAUS ROXIN** e o funcionalismo sistêmico, de **GÜNTHER JAKOBS**.

2.5.1. Funcionalismo Teleológico, Dualista, Moderado ou da Política Criminal

O funcionalismo teleológico tem como expoente **Claus Roxin**. Trata-se de um novo marco na evolução do Direito Penal que tem por base a sua reconstrução a partir da premissa de que a função do direito penal é a **proteção subsidiária de bens jurídicos**.

Desenvolvido a partir de 1970, com a obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” (**CLAUS ROXIN**), o funcionalismo rompe²⁰ com o finalismo, na medida em que visa superar as concepções meramente ontológicas daquela corrente. Com isso, Roxin redimensiona a incidência do Direito Penal, reduzindo o alargado alcance que a tipicidade formal lhe conferia até então. Se a missão do Direito Penal é proteger os valores essenciais à convivência social harmônica, a intervenção mínima deve nortear a sua aplicação, consagrando como típicos apenas os fatos materialmente relevantes. A teoria do delito deve ser reconstruída com lastro em critérios políticos criminais.

Com razão, explica **LUIS GRECO**:

“O finalismo pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do Direito Penal”²¹.

Deste modo, o funcionalismo teleológico ou moderado propõe que se entenda a **conduta** como comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Estruturalmente, ensina **Claus Roxin** que o crime é composto também de três substratos, sendo eles: fato típico, antijuridicidade e **reprovabilidade**. A culpabilidade, portanto, deixa de integrar (diretamente) o crime, figurando, sob a ótica do autor, como limite funcional da pena (culpabilidade funcional).

Elemento novo proposto por Roxin, a reprovabilidade é integrada por **(A)** imputabilidade, **(B)** potencial consciência da ilicitude, **(C)** exigibilidade de conduta diversa e, atente-se, **(D) necessidade de pena**. Sendo o agente responsável, incide a culpabilidade como limite da sanção penal.

A maior crítica que se apresentou contra a teoria formulada por **Claus Roxin** foi a substituição do elemento culpabilidade pela noção de reprovabilidade, com a inserção da noção de culpabilidade funcional, tida como limite da pena. Como bem observam os

20. Trata-se de um rompimento conceitual, e não estrutural propriamente dito.

21. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Porto Alegre: Revista Jurídica, Jul. 2000, p. 39.

críticos, o agente primeiro deve ser culpável para, então, ser punível, e não o contrário, como sugere o professor alemão.

2.5.2. *Funcionalismo Radical, Sistêmico ou Monista*

O funcionalismo sistêmico tem como maior doutrinador **Günter Jakobs**. A construção desta teoria tem direta (ainda que limitada) vinculação à noção de **sistemas sociais**, de Niklas Luhmann, a partir da qual formula a concepção de que o direito penal é um “sistema autopoietico”.

Com efeito, para Jakobs, o Direito Penal está determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive o próprio Direito Penal é um sistema autônomo, autorreferente, e autopoietico, dentro do sistema mais amplo da sociedade. Tem suas regras próprias e a elas se submete. Busca firmar papéis sociais, pois a norma estabiliza condutas.

O funcionalismo sistêmico, portanto, repousa sua preocupação na higidez das normas estabelecidas para a regulação das relações sociais. Assim, havendo frustração da norma pela conduta do agente, impõe-se a sanção penal, uma vez que a **missão do direito penal é assegurar a vigência do sistema**.

Sob esta ótica, **conduta** será considerada como comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.

Günther Jakobs recoloca a culpabilidade no terceiro substrato do conceito analítico de crime. Assim, crime, no seu pensar, é fato típico, antijurídico e culpável. A culpabilidade tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Dolo e culpa permanecem no fato típico. Em verdade, percebe-se que após a perspectiva finalista, estes elementos não serão mais realocados dentro da estrutura do crime.

Vamos, antes de aprofundar a teoria de Jakobs, comparar as premissas das duas vertentes funcionalistas:

Teoria funcionalista Roxin	Teoria funcionalista Jakobs
Missão do DP: proteção subsidiária de bens jurídicos	Missão do DP: firmar papéis sociais. Norma estabiliza condutas. Pena estabiliza a norma (prevenção geral)
Trabalha com desvalor da conduta e desvalor do resultado (admitindo aplicação do princípio da insignificância)	Trabalha essencialmente com desvalor da conduta (não admitindo aplicação do princípio da insignificância, mas sim o da adequação social)

As premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico deram ensejo à exumação da teoria do Direito Penal do Inimigo, representando a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado “infiel ao sistema”. Considera que àquele que se dedica a determinados crimes não se deve garantir o status de cidadão, merecendo, ao revés, punição específica e severa, uma vez que o seu comportamento põe em risco, de forma ímpar, a integridade do sistema.

Lembrando as lições de Andreas Eisele,

“Direito Penal do Inimigo” foi concebido como uma expressão contraposta ao conceito ‘Direito Penal do Cidadão’ (*Bürgerstrafrecht*), em uma relação na qual o sujeito seria considerado (pelo sistema penal), respectivamente, como uma fonte de perigo ou um cidadão. A partir desta dissociação, se considera que a perspectiva do ‘Direito Penal do Cidadão’ seria o tratamento do sujeito como uma ‘pessoa’, e por este motivo seus instrumentos teriam natureza comunicativa e seriam orientados à sua integração social (reafirmação da eficácia da norma e socialização). Paralelamente, a perspectiva do ‘Direito Penal do Inimigo’ seria a consideração do sujeito como um ‘indivíduo’ que representa uma ‘fonte de perigo’. Por este motivo, as medidas penais adotadas teriam características de instrumentos de defesa empregados para a neutralização de perigos.

Esta relação também é analisada a partir da perspectiva da teoria dos sistemas sociais, que orienta o funcionalismo sistêmico. Neste contexto, se considera que os delitos comuns afetam de forma ocasional (episódica, acidental) a eficácia simbólica da norma jurídica, motivo pelo qual a incidência das consequências jurídicas respectivas (sanções) é suficiente para restabelecer a imperatividade normativa no contexto cultural (em sua configuração comunicacional). Neste caso, o sujeito é tratado como um ‘cidadão’ a ser integrado. Porém, as práticas delitivas que representem uma reação direta ao ordenamento jurídico, de modo a questionar a própria imperatividade normativa, pela eliminação das expectativas de comportamentos recíprocos que devem orientar a atuação das pessoas componentes da sociedade, instauram um risco de desestabilização social que demanda uma reação do ordenamento jurídico cuja finalidade não é somente a reafirmação da norma, mas igualmente a eliminação do perigo. Neste caso, o sujeito é tratado como um ‘indivíduo’ perigoso a ser neutralizado”.²²

Esse sistema também está presente nos pensamentos de inúmeros filósofos (Protágoras, S. Tomás de Aquino, **Immanuel Kant**, **John Locke**, **Hobbes** etc.). Como bem alerta Manuel Monteiro Guedes Valente, a construção dogmática de um Direito penal do inimigo não é dos nossos dias nem é uma novidade, exceto o tom proclamático da designação Direito penal do *inimigo* ou, como arrasadoramente escreve Muñoz Conde, Direito penal *bélico*. As manifestações de um Direito penal, cujo delincente de determinado tipo de crime (terrorismo, tráfico de droga e de armas) não é ou não deve ser considerado como cidadão, mas como um cancro societário que deve ser extirpado, estão inscritas na história da humanidade²³.

22. Ob. cit. p. 76.

23. VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O Progresso ao Retrocesso*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 21.

Lendo a obra de **MANUEL MONTEIRO**, percebe-se que na teoria de Protágoras, a sanção não tem sentido retributivo, mas dissuasor e pedagógico e, assim, só deviam ser extirpados os delinquentes que, depois de serem orientados para a moral e para a justiça por meio do castigo, continuassem a ser incapazes de comungar dos mesmos valores. Todo o cidadão que tenha sido condenado e volte a pôr em causa a vivência comunitária, volte a reincidir, já não deve sofrer o castigo dissuasor ou pedagógico, mas um castigo de neutralização ou inocuização do indivíduo.

Percebe-se, ainda, São Tomás de Aquino abordando a questão da infração como um pecado e que o pecador deve ser morto pelo Estado como um animal (*velut bestia*). Esta teorização advém da ideia defendida por São Tomás de que a dignidade humana não se encontra em todos os homens, só nos homens virtuosos.

HOBBS concebe um Direito penal do inimigo como a moderna dogmática penal do inimigo. É com Hobbes que se adquire a ideia do que deve ser inimigo para o Direito penal. São inimigos os indivíduos que estão no estado de natureza, produtor de constante perigo e ameaça à existência humana, e que projetam falta de segurança. Hobbes defende um Direito penal para os cidadãos maus e outro Direito penal para os inimigos.

Eis, portanto, as inspirações de **JAKOBS**, em pleno século XXI, para quem o inimigo da contemporaneidade é o terrorista, o traficante de drogas, de armas e de seres humanos, os membros de organizações criminosas transnacionais.

As principais **características** do Direito Penal, para esses inimigos, são:

- (i) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios;
- (ii) condutas descritas em tipos de mera conduta e de perigo abstrato (flexibilizando o princípio da ofensividade);
- (iii) descrição vaga dos crimes e das penas (flexibilizando o princípio da legalidade);
- (iv) preponderância do direito penal do autor em contraposição ao direito penal do fato (flexibilizando o princípio da exteriorização do fato);
- (v) o surgimento das chamadas “leis de luta ou de combate”;
- (vi) endurecimento da execução penal;
- (vii) restrição de garantias penais e processuais, característica do Direito Penal de Terceira Velocidade.

Em resumo, a conduta, primeiro elemento do fato típico, pode ser definida como:

Teoria Causalista	Conduta é um movimento corporal (ação) voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos
Teoria Neokantista	Conduta é um comportamento (ação ou omissão) voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.
Teoria Finalista	Conduta é comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim

Teoria Social Da Ação	Conduta é comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim socialmente relevante.
Funcionalismo Moderado (ROXIN)	Conduta aparece como comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.
Funcionalismo Radical (JAKOBS)	Conduta é comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.

☑ **Qual teoria (da conduta) foi seguida pelo nosso Código Penal?**

Para a doutrina tradicional, nosso Código seria **finalista**.

O Código Penal Militar, a seu turno, é declaradamente **causalista**, tratando dolo e culpa como espécies da culpabilidade (art. 33 do CPM).

A doutrina moderna, no entanto, trabalha com premissas funcionalistas de Roxin, negando, porém, algumas de suas ideias, como, por exemplo, a responsabilidade considerada substrato do delito.

2.6. Teoria da ação significativa

Elaborada por Vives Antón, a teoria da ação significativa tem suas bases estabelecidas na filosofia da linguagem de Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Habermas. Propõe uma nova análise conceitual da conduta penalmente relevante, com fundamento em princípios de liberalismo político, unindo ação e norma para a fundação da liberdade de ação.

Nesta perspectiva, entende-se a ação como o significado do que as pessoas fazem, e não simplesmente como o que as pessoas fazem. Há, na ação penalmente relevante, um sentido a ser interpretado segundo as normas, razão por que é necessário, mais do que descrevê-la, compreendê-la. Não há, portanto, um modelo prévio e generalizado de ação humana na medida em que esta deve ser analisada à luz de seu significado, concretamente, portanto. E também por isso, havida uma conduta, tem-se, inicialmente, apenas uma aparência de ação, primeiro passo para que se possa buscar seu significado.

Ainda de acordo com esta teoria, a ação só existe em razão da norma. Se há o ato de “matar” é porque a norma estabelece, antes, a definição do que se entende por homicídio. Sem a norma previamente estabelecida não haveria, portanto, significado para a ação. Em síntese, pode-se afirmar, com Bitencourt, que

“não existem ações prévias às normas, de modo que se possa dizer que exista a ação de matar, se previamente não existir uma norma que defina matar como conduta relevante para o Direito Penal. Assim, não existe a ação do ‘xeque-mate’ se antes não houver as regras do jogo de xadrez; não existe a ação de impedimento (na linguagem futebolística), sem que antes exista uma norma regulamentar que defina o que é impedimento. Concluindo, primeiro são as normas (regras) que definem o que entendemos socialmente por esta ou

aquela ação. A partir daí, segundo essas regras, podemos identificar que matar constitui um homicídio, que subtrair coisa alheia móvel tipifica o crime de furto ou que determinados comportamentos *significam* ou possuem um sentido jurídico, social e cultural que chamamos crime de homicídio, de corrupção, de prevaricação etc., ou, na linguagem desportiva, atacar o rei inimigo sem deixar-lhe saída é ‘xeque-mate’ ou posicionar-se adiante dos zagueiros adversários, antes do lançamento, é impedimento”²⁴.

2.7. Características e elementos da conduta

A conduta, não importando a teoria adotada (causalista, neokantista, finalista, social da ação ou funcionalista) tem um denominador comum: **movimento humano voluntário** (dominável pela vontade).

Somente o homem executa conduta, podendo valer-se, obviamente, de animais como seu instrumento.

A conduta humana deve ser voluntária²⁵. Se o comportamento praticado, ainda que previsto em um tipo penal, não for precedido da vontade do seu agente, não haverá conduta, e, conseqüentemente, desfigurado estará o fato típico (substrato do crime), faltando seu primeiro elemento.

Outra característica da conduta é a sua repercussão no mundo exterior. A simples cogitação (o pensamento não exteriorizado) é estranha ao Direito Penal.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar serem dois os **elementos da conduta**:

(A) **Comportamento voluntário (dirigido a um fim)**: nos crimes dolosos, o fim é a lesão ao bem jurídico ou sua exposição a perigo, ao passo que, nos crimes culposos, a finalidade é a prática de um ato cujo resultado previsível seja capaz de causar lesão ao bem jurídico²⁶;

(B) **Exteriorização da vontade**: é o aspecto mecânico ou neuromuscular, consistente na prática de uma ação ou omissão capaz de externar o elemento psíquico.

2.8. Causas de exclusão da conduta

O conceito de conduta, como vimos, varia conforme a teoria, mas não suas **causas de exclusão**:

24. Ob. cit., vol. 1, p. 311.

25. Embora se exija a voluntariedade do ato, não quer isto significar que a vontade deva ser livre. Ato voluntário é aquele que o agente delibera realizar, isto é, que não provém de mero resultado mecânico. A decisão, no entanto, pode não ter sido tomada livremente, o que será objeto de análise no campo da culpabilidade.

26. Como já observado, a vontade integra tanto a conduta dolosa quanto a culposa, residindo a diferença no fato de que, na primeira, alcança também o resultado lesivo, ao passo que, na segunda, atinge somente a causa desse resultado.

2.8.1. *Caso Fortuito²⁷ ou de Força Maior*

O Código Civil diz que o caso fortuito ou de força maior existe quando uma determinada ação gera consequências, efeitos imprevisíveis, impossíveis de evitar ou impedir.

Explica **Maria Helena Diniz** que, na força maior, por ser um fato da natureza, pode-se conhecer o motivo ou a causa que deu origem ao acontecimento (raio que provoca um incêndio, por exemplo); já o caso fortuito tem origem em causa desconhecida (cabo elétrico aéreo que sem se saber o motivo se rompe e cai sobre fios telefônicos causando incêndio e explosão de caldeira de usina, por exemplo)²⁸.

Para **Álvaro Villaça Azevedo**, caso fortuito é o acontecimento provindo da natureza sem que haja a interferência da vontade humana; força maior é a própria atuação humana manifestada em fato de terceiro²⁹.

Em suma, geram fatos imprevisíveis ou inevitáveis, não dominados pela vontade do homem, não havendo conduta.

2.8.2. *Involuntariedade*

É a ausência de capacidade, por parte do agente, de dirigir sua conduta de acordo com uma finalidade predeterminada. São casos de involuntariedade:

(A) **Estado de inconsciência completa³⁰**, como o sonambulismo e a hipnose;

(B) **Movimentos reflexos**

Nos atos reflexos o movimento é apenas um sintoma de reação automática do organismo a um estímulo externo, desprovido, portanto, de elemento anímico por parte do agente.

Flávio Monteiro de Barros alerta para a diferença existente entre os movimentos reflexos e as denominadas “ações em curto-circuito”.

Nestas existe vontade de praticar o ato, que, pela rapidez de sua manifestação, pode se confundir com os atos reflexos:

“Com efeito, nos movimentos reflexos há um impulso completamente fisiológico provocado pela excitação de um só órgão. Nas ações em curto-circuito (atos impulsivos), ao revés, há um movimento relâmpago, provocado pela excitação de diversos órgãos,

27. Para Zaffaroni e Pierangeli, “o ‘caso fortuito’ é pressuposto de um resultado que se produz fora do controle da vontade. Não se pode afirmar que todo pressuposto de caso fortuito deva ser considerado como de ausência de conduta porque, na maior parte desses pressupostos, se apresenta uma conduta, só que esta não pode ser considerada típica, posto que a causalidade que a mesma põe em movimento não pode ser abrangida no tipo sob a forma de culpa e muito menos de dolo. Em consequência, estabelecemos que o caso fortuito deve ser considerado como uma situação de atipicidade e não de ausência de conduta.” (Ob. cit., p.374).

28. *Código Civil Anotado*, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

29. *Teoria Geral das Obrigações. Responsabilidade Civil*. 12ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 240.

30. A embriaguez completa não acidental é espécie de estado de inconsciência, porém punível em decorrência da teoria da *actio libera in causa*, como se estudará em momento oportuno.

acompanhado de um elemento psíquico, isto é, de uma vontade obcecada, de modo que o agente não chega a perder a consciência, podendo, inclusive, evitar o seu agir pelo exercício do autocontrole”³¹.

Vejam essas diferenças num quadro:

Movimentos reflexos	Ações em curto-circuito
Impulso completamente fisiológico, desprovido de vontade .	Movimento relâmpago, provocado pela excitação de diversos órgãos, acompanhado de vontade .
Ex: por conta de um susto causado pelo bater inesperado de uma porta, FULANO, por mero impulso, movimentou os braços atingindo o rosto de pessoa que estava ao seu lado.	Ex: durante uma partida de futebol, tomada pela excitação do jogo e da torcida, uma multidão invade o campo para protestar com violência contra a injusta marcação de pênalti.

2.8.3. Coação física irresistível (vis absoluta)

Ocorre nas hipóteses em que o agente, em razão de força física externa, é impossibilitado de determinar seus movimentos de acordo com sua vontade.

Imaginemos, por exemplo, um sujeito, com dever de agir para impedir determinado resultado, é amarrado e, conseqüentemente, impossibilitado de evitar que ocorra o resultado lesivo. Em primeira análise, a sua omissão configuraria o crime omissivo impróprio decorrente da sua condição de garantidor, entretanto a ausência de conduta impede a caracterização do crime.

Alertamos que a coação física não se confunde com a coação moral irresistível (*vis compulsiva*), havendo, nesse caso, o emprego de grave ameaça.

Na coação moral é conferida ao coagido a possibilidade de escolha, entre cumprir o ato determinado pelo coator ou sofrer as conseqüências danosas por ele prometidas. Diferentemente da física, na moral temos conduta, porém não livre, questão a ser analisada no campo da culpabilidade.

Em resumo:

Coação física	Coação moral
Força física externa impossibilitando o coagido de praticar movimentos de acordo com sua vontade. É conduzido sem vontade.	Grave ameaça, retirando do coagido a liberdade de escolha. Pratica conduta, com vontade viciada.
Se irresistível, exclui a conduta.	Se irresistível, há conduta, mas não livre, excluindo a culpabilidade.

2.9. Formas de conduta

Atendidos todos os requisitos já expostos, impõe-se analisar a voluntariedade e o modo de execução do delito, isto é, se a conduta do agente foi **dolosa** ou **culposa** (ou mesmo **preterdolosa**), **comissiva** (por ação) ou **omissiva** (por omissão).

31. Ob. cit., p. 156.

2.9.1. Quanto à voluntariedade do agente

A voluntariedade no crime apresenta as formas de dolo ou de culpa. Como estudado, na teoria geral do crime, uma corrente tradicional os incluía na culpabilidade. Hoje, porém, depois de adotado o finalismo, tanto um quanto outro são elementos implícitos do tipo, integrando a conduta – e gerando sua atipicidade em caso de ausência.

2.9.1.1. Do crime doloso

O artigo 18, I, do Código Penal, anuncia ser doloso o crime *quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*. Dolo, portanto, pode ser conceituado como a vontade consciente dirigida a realizar (ou aceitar realizar) a conduta prevista no tipo penal incriminador³².

Alerta Flávio Monteiro de Barros:

“Cumpra ainda esclarecer que a noção de dolo não se esgota na realização da conduta e do resultado, devendo a vontade do agente projetar-se sobre todas as elementares, qualificadoras, agravantes e atenuantes [em regra] do crime. Todavia, para a caracterização do crime, em sua forma simples, é suficiente que o dolo compreenda apenas os elementos da figura típica fundamental. Mas a incidência dos tipos qualificados, privilegiados, das agravantes e atenuantes [em regra] dependem da projeção do dolo do agente sobre essas circunstâncias.”³³

Majoritariamente, rotula-se o dolo como um componente subjetivo implícito da conduta³⁴, pertencente ao fato típico, formado por dois elementos: o **volitivo**, isto é, a vontade de praticar a conduta descrita na norma, representado pelos verbos querer e aceitar; e o **intelectivo**, traduzido na consciência da conduta e do resultado³⁵.

São teorias do dolo:

1ª) **Teoria da vontade**: dolo é a vontade consciente de querer praticar a infração penal.

2ª) **Teoria da representação**: fala-se em dolo sempre que o agente tem a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com a conduta.

32. Vontade e desejo não se confundem. No dolo, o agente quer o resultado delitivo como consequência de sua própria conduta. No desejo, o agente espera o resultado como consequência alheia a sua conduta, direta ou indireta.

33. Ob. cit. p. 218.

34. Nesta esteira de raciocínio, o inimputável possui dolo (e culpa) quando da prática da conduta descrita como crime. Os inimputáveis possuem consciência e vontade dentro do seu precário mundo valorativo e praticam conduta dolosa (e culposa), muito embora sua ação ou omissão não seja criminosa – o que decorre da ausência do elemento “culpabilidade”, terceiro substrato do crime.

35. Perceba-se que a liberdade não figura como elemento do dolo, sendo, na verdade, matéria afeta à culpabilidade. Não parece correto explicar dolo como vontade *livre* e consciente de praticar a conduta descrita no tipo penal. Havendo vontade, há dolo, mas se não for livre, pode ficar afastada a culpabilidade do agente.

3ª) **Teoria do consentimento (ou assentimento):** fala-se em dolo sempre que o agente tem a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com a conduta, assumindo o risco de produzir o evento³⁶.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 18, adota as teorias da vontade (para o **dolo direto**) e do consentimento (para o **dolo eventual**):

Art. 18, I, CP. <i>Diz-se o crime doloso</i>	Dolo	Teoria
Quando o agente quis o resultado.	Direto	Vontade
ou assumiu o risco de produzi-lo	Indireto, da espécie eventual	Assentimento

2.9.1.1.1. *Espécies de dolo*

São **espécies** de dolo:

(A) **Dolo natural** ou **neutro**: é o dolo componente da conduta, adotado pelas teorias causalista e finalista. O dolo pressupõe apenas consciência e vontade.

(B) **Dolo normativo** ou **híbrido**: adotado pela teoria neoclássica ou neokantista, essa espécie de dolo integra a culpabilidade, trazendo, a par dos elementos consciência e vontade, também a consciência atual da ilicitude, elemento normativo que o diferencia do dolo natural.

Dolo normativo	Dolo natural
• Adotado pela teoria neokantista. • Integra a culpabilidade. • Tem três elementos: a) consciência (sabe o que faz) b) vontade (querer ou aceitar) c) consciência atual da ilicitude (sabe da ilicitude do seu comportamento).	• Adotado pelas teorias causalista e finalista. • Na teoria causalista, integra a culpabilidade; na finalista, integra o fato típico. • Tem dois elementos: a) consciência (sabe o que faz) b) vontade (querer ou aceitar) Obs.: no finalismo, a consciência da ilicitude é questão afeta à culpabilidade; no causalismo, não é um elemento relevante.

(C) **Dolo direto** ou **determinado** ou **intencional** ou **imediato** ou **incondicionado**: configura-se quando o agente prevê um resultado, dirigindo a sua conduta na busca de realizar esse mesmo resultado.

(D) **Dolo indireto** ou **indeterminado**: o agente, com a sua conduta, não busca resultado certo e determinado. Possui **duas** formas:

36. Esta teoria é uma clara evolução em relação à teoria anterior, sobretudo porque exclui do conceito de dolo a culpa consciente.

(D.1) Dolo alternativo: ocorre quando o agente prevê uma pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para perfazer qualquer deles com a mesma intensidade de vontade (ex.: quero ferir ou matar, tanto faz). Nesse caso, o agente deve responder pelo crime mais grave, pois sua intenção projetou-se também para esse sentido³⁷.

(D.2) Dolo eventual: o agente também prevê pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para realizar um determinado evento, mas **assumindo o risco** de provocar outro (ex: quero ferir, mas aceito matar). O agente não quer o resultado mais grave, mas assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual só é possível em razão da consagração da teoria do consentimento. Para a constatação prática do dolo eventual, **Reinhart Frank** formulou a teoria positiva do conhecimento, sintetizada na seguinte expressão: “seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”. Quando o agente assim se posiciona, revela indiferença em relação ao resultado possível, razão pela qual é responsabilizado por dolo³⁸. O dolo eventual é aplicável a todos os crimes compatíveis com a assunção do risco de causar o resultado criminoso, ou seja, aqueles em que o tipo penal não imponha o dolo direto, ao contrário do que ocorre na receptação em sua forma básica (art. 180, *caput*, do Código Penal), em que deve o agente ter certeza da origem criminosa da coisa.

O dolo eventual tem tido destaque no âmbito dos crimes de trânsito, especialmente nos casos de homicídio cometido durante competição não autorizada em via pública ou em decorrência de embriaguez do condutor. O tema será mais bem analisado quando tratarmos da diferença entre dolo eventual e culpa consciente.

(E) Dolo cumulativo: o agente pretende alcançar inicialmente apenas um resultado, e, ao fazê-lo, passa a agir para provocar outro resultado em sequência (caso de progressão criminosa). Trata-se da hipótese em que o agente quer, por exemplo, lesionar e, após a lesão, resolve causar a morte da vítima.

(F) Dolo de dano: a vontade do agente é causar efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

(G) Dolo de perigo: o agente atua com a intenção de expor a risco o bem jurídico tutelado. É interessante notar que o dolo de perigo pode se manifestar em situações que, na prática, confunde-se com a inobservância do dever de cuidado, elemento dos crimes culposos. Imaginemos a situação em que o agente expõe a perigo direto e iminente a vida ou a saúde de outrem. Trata-se do crime do art. 132 do CP, em que o propósito do autor se manifesta exclusivamente sobre a causação do perigo. Se, todavia, dessa conduta advém

37. O dolo alternativo será objetivo quando a vontade indeterminada estiver relacionada com o resultado, sendo a vítima certa (atiro contra a vítima para ferir ou matar, tanto faz); será subjetivo, quando a vontade indeterminada envolver as vítimas, mas com resultado certo (atiro contra um grupo de pessoas para matar qualquer delas).

38. A prova do dolo eventual se faz através das circunstâncias do caso concreto. Nestes termos, o STF: “O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP). 3. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente” (Segunda Turma – HC 97252 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJe 04/09/2009).

a morte da pessoa exposta ao perigo, a responsabilidade penal se dá na forma do homicídio culposo. Vê-se, dessa forma, que as circunstâncias que antes revelavam dolo de perigo serviram como alicerce para a estruturação do resultado lesivo culposo. Por isso, afirma a doutrina que os crimes de perigo são, na realidade, condutas imprudentes punidas antes da ocorrência do resultado que seria imputado ao agente a título de culpa.

(H) Dolo genérico: o agente tem vontade de realizar a conduta descrita no tipo penal, sem um fim específico (ex: art. 121, CP, “*Matar alguém*”). Trata-se de denominação utilizada no âmbito da teoria causalista, dizendo-se genérico porque o tipo penal não indicava finalidade nenhuma por parte do agente. Com a adoção da teoria finalista, passou-se a tratar o dolo genérico apenas como *dolo*.

(I) Dolo específico: o agente tem vontade de realizar a conduta, visando um fim específico que é elementar do tipo penal (ex: art. 159, CP, “*Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*”)³⁹. Esta denominação também é relativa à teoria causalista e indicava que o tipo penal trazia destacado o especial fim de agir. Atualmente, sob a égide da teoria finalista, a expressão cede lugar a *elemento subjetivo do tipo* ou *do injusto*.

(J) Dolo geral (erro sucessivo): ocorre quando o agente, supondo já ter alcançado um resultado por ele visado, pratica nova ação que efetivamente o provoca. Veremos mais detalhadamente esta modalidade de dolo quando estudarmos as diversas modalidades de erro de tipo, pois o dolo geral representa hipótese de *aberratio causae*, ou erro sobre a relação de causalidade.

(K) Dolo de primeiro grau: é o dolo direto, hipótese em que o agente, com consciência e vontade, persegue determinado resultado (fim desejado).

(L) Dolo de segundo grau (ou de consequências necessárias): espécie de dolo direto, porém a vontade do agente se dirige aos meios utilizados para alcançar determinado resultado. Abrange os efeitos colaterais, de verificação praticamente certa, para gerar o evento desejado. O agente não persegue imediatamente esses efeitos colaterais, mas tem por certa sua superveniência, caso se concretize o resultado pretendido. Explica PAULO QUEIROZ:

“A doutrina, especialmente alemã e espanhola, distingue ainda dolo de primeiro grau de dolo de segundo grau: o primeiro compreende o resultado ou resultados que o agente persegue diretamente; o segundo, todas as consequências que, mesmo que não perseguidas e até eventualmente lamentadas, o autor prevê como inevitáveis. Assim, por exemplo, quem coloca uma bomba num automóvel pretendendo atingir uma pessoa determinada sabe que poderá matar outras pessoas próximas ou que acompanhem a vítima. Existirá assim dolo de primeiro grau quanto à primeira vítima e dolo de segundo grau quanto às demais”⁴⁰.

39. Explica Flávio Monteiro de Barros que, na verdade, “o dolo específico não passa de elemento subjetivo do tipo. Por isso, diversos autores repudiam essa classificação, acoimando-se de inócua” (Ob. cit. p. 225).

40. *Código Penal Comentado*. Ob. cit., p. 194.

É importante notar que o dolo de segundo grau **não** se confunde com o dolo eventual:

Dolo de 2º grau	Dolo Eventual
O resultado paralelo é certo e necessário (<i>as consequências secundárias são inerentes aos meios escolhidos</i>). Ex.: quero matar um piloto de avião. Para tanto, coloco uma bomba na aeronave. Sei que a explosão no ar causará a morte dos demais tripulantes (a morte dos tripulantes é consequência certa e imprescindível).	O resultado paralelo é incerto, eventual, possível, desnecessário (<i>não é inerente ao meio escolhido</i>). Ex.: quero matar um motorista com um tiro. A morte dos demais passageiros do carro é um resultado eventual, que aceito como possível (a morte dos demais passageiros é desnecessária ao fim almejado).

(M) Dolo de terceiro grau: temos doutrina reconhecendo, ainda, o dolo de terceiro grau, consistente na consequência da consequência necessária. Cita-se, como exemplo, alguém, querendo matar o piloto de um avião, coloca uma bomba para explodir a aeronave no ar, tendo, entre os passageiros, uma mulher grávida. A morte do piloto faz parte do dolo de 1º grau. A morte dos demais passageiros, dolo de 2º grau. O aborto (da passageira gestante) seria o dolo de 3º grau (consequência da consequência). Para nós, este dolo não existe. Ou o agente sabia que uma passageira era gestante, e o aborto se insere no âmbito do dolo de 2.º grau, ou não sabia e, nessa hipótese, não responde pelo crime de aborto, evitando-se responsabilidade penal objetiva, vedada no Direito Penal (admitida em outros ramos, como no Direito Civil).

(N) Dolo antecedente, concomitante e subsequente

Dolo **antecedente, inicial ou preordenado** é o dolo anterior à conduta e, por se tratar de mera cogitação, não interessa ao Direito Penal.

O dolo **subsequente**, por sua vez, é posterior ao crime, sendo indiferente à repressão penal. Há quem busque demonstrar a relevância penal do dolo subsequente invocando o crime de apropriação indébita. Haveria, neste caso, dolo subsequente porque, de início, o agente recebe a coisa alheia de forma lícita, mas, a certa altura, decide se apropriar. Não nos parece, todavia, correto o apontamento.

Com efeito, o dolo é denominado *subsequente* porque se manifesta **após a conduta típica**, e, por isso, será sempre irrelevante penalmente. No caso da apropriação indébita, é incorreto afirmar que o dolo é posterior, pois a conduta de receber a coisa alheia lícitamente **não é típica**; basta lermos o art. 168 do Código Penal: “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”. A conduta típica, como vemos, se inicia com a apropriação e este é o momento em que o dolo deve estar presente. Logo, também neste caso é concomitante.

Deste modo, o dolo que importa e tipifica a conduta é o **dolo concomitante, existente no momento da ação ou omissão**. Explica Nucci:

“O autor deve agir, sempre, com dolo atual, isto é, concomitante à conduta desenvolve-se a sua intenção de realização do tipo penal. Logo, se alguém deseja matar seu desafeto num determinado dia, mas muda de ideia, atropelando-o, acidentalmente, no dia seguinte,

não pode ter a sua intenção transportada de um dia para outro, como se o dolo pudesse ser antecedente à conduta idônea a produzir o resultado”⁴¹.

Alertamos, no entanto, que, por força da *teoria da actio libera in causa*, excepcionalmente o dolo antecedente será considerado para a tipificação de determinadas condutas.

Dolo antecedente, inicial ou preordenado	Dolo concomitante /atual	Dolo subsequente
É o dolo anterior à conduta.	É o dolo existente no momento da ação ou omissão.	É o dolo posterior à conduta.

(O) Dolo de propósito e Dolo de ímpeto

É denominada **dolo de propósito** a vontade e consciência refletida, pensada, premeditada. Difere-se do **dolo de ímpeto**, caracterizado por ser repentino, sem intervalo entre a fase de cogitação e de execução do crime. Nem sempre a premeditação agrava a pena do crime, mas o ímpeto poderá corresponder a uma privilegiadora (art. 121, § 1º, CP) ou circunstância atenuante (art. 65, III, “c” CP).

(P) Dolo abandonado

Verifica-se o **dolo abandonado** nas situações de desistência voluntária e arrependimento eficaz, em que o agente, afastando-se de seu propósito inicial, desiste de prosseguir na execução de determinado delito ou atua para impedir que o resultado se concretize.

(Q) Dolo global ou unitário

É o dolo existente na continuidade delitiva, na qual, segundo parcela da doutrina – que tem sido encampada pelos tribunais superiores –, o agente deve atuar baseado num plano previamente elaborado que envolva toda a cadeia de crimes. Caso esse elemento subjetivo não esteja presente, descaracteriza-se a continuidade, que cede lugar à habitualidade delitiva.

2.9.1.1.2. Fases da conduta dolosa

A conduta dolosa conta duas fases: interna e externa.

A fase interna se resume à esfera do pensamento do agente e se compõe de: **a)** representação e antecipação do resultado; **b)** eleição dos meios pelos quais a conduta se desenvolverá; **c)** avaliação dos efeitos decorrentes da conduta, sejam eles colaterais ou concomitantes ao emprego dos meios escolhidos.

Desta forma, na fase interna, de início, o agente decide a respeito do crime que irá cometer e, para tanto, antecipa mentalmente o fim a que sua conduta se dirigirá. Em seguida, delibera a respeito dos meios que utilizará para alcançar seu intento e avalia se o emprego desses meios será capaz de ocasionar efeitos colaterais ou concomitantes.

41. Código Penal Comentado. Ob. cit. p. 169.

Superada essa etapa, surge a fase externa, em que o sujeito ativo põe em prática aquilo que deliberou iniciando a conduta criminosa.

Embora a fase interna seja considerada um componente da conduta, a relevância punitiva surge verdadeiramente na etapa seguinte, quando o agente exterioriza seu intento, dispondo-se a lançar mão dos meios eleitos precedentemente. A fase interna, não obstante seja indispensável para sedimentar a base da ação finalista, restringe-se, no *iter criminis*, ao momento da cogitação, impunível pela aplicação do princípio da materialização ou exteriorização do fato.

2.9.1.2. Do crime culposo

O crime culposo, previsto no art. 18, II, do Código Penal, consiste numa conduta voluntária que realiza um evento ilícito não querido ou aceito pelo agente, mas que lhe era previsível (culpa inconsciente) ou excepcionalmente previsto (culpa consciente) e que podia ser evitado se empregada a cautela esperada.

Houve época em que parte da doutrina sustentava ser desnecessária a punição do crime culposo, pois a conduta de que resulta a lesão não é impulsionada por sentimento contrário ao direito e, conseqüentemente, não haveria motivo para punir alguém com a finalidade de aplacar sua periculosidade quando esta, na realidade, não se revela.

Com o decurso do tempo, a punição da culpa passou a ser exigida; não mais se discute sua necessidade, especialmente nos dias atuais, em que as relações sociais se tornam a cada dia mais variadas e complexas, abrindo espaço para condutas descuidadas, que acabam por atingir bens jurídicos de patente relevância. Não se trata de punir em virtude de periculosidade, mas de estabelecer a proteção penal a bens jurídicos contra ações ou omissões que, embora não direcionadas ao resultado lesivo, são baseadas na falta de cuidado objetivo e devem ser desestimuladas.

De acordo com a doutrina majoritária, a culpa deve ser tratada como elemento normativo da conduta, inserida no fato típico.

São **elementos** estruturais do crime culposo:

(A) Conduta humana voluntária

Ação ou omissão dirigida e orientada pelo querer, causando um resultado involuntário. Como bem alerta **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**:

“Não se pode, contudo, negar a existência de diferença entre conduta dolosa e a conduta culposa, pois enquanto na primeira a vontade é dirigida à realização do resultado ilícito, na segunda, a vontade se direciona à produção de um resultado lícito (em regra), diverso daquele que efetivamente se produz”⁴².

42. Ob. cit. p. 231.

A conduta culposa pode ocorrer tanto por ação ou omissão. O pai que imprime alta velocidade no veículo e causa um acidente do qual decorrem lesões corporais no filho responde por culpa tanto quanto o pai desidioso que, ao acompanhar o filho ao parque, não impede que a criança adote conduta arriscada e se lesione.

(B) Violação de um dever de cuidado objetivo

Em suas relações sociais, não é permitido ao indivíduo tomar a atitude que quiser, quando quiser, sem levar em consideração o interesse de terceiras pessoas. A convivência nos impõe a todas regras básicas de conduta que devem ser seguidas sob pena de se instaurar a anomia. O agente, na infração culposa, viola seu dever de diligência, regra básica do convívio social. Seu comportamento não atende ao que esperado pela lei e pela sociedade. Explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“Por conseguinte, a divergência entre a ação realmente realizada e a que deveria ter sido praticada em virtude do dever de cuidado que era necessário observar é que confere ênfase e tônica ao delito culposo. Dessa maneira, a desaprovação jurídica recai sobre a forma de realização da ação ou sobre a seleção dos meios para realizá-la, deitando raízes a aferição da culpa no desvalor da ação (Welzel), no ato de aferir um valor no intercâmbio social”⁴³.

Para apurar se houve (ou não) infração do dever de diligência, deve o operador, considerando as circunstâncias do caso concreto, pesquisar se uma pessoa de inteligência média, prudente e responsável, teria condições de conhecer e, portanto, evitar o perigo decorrente da conduta (previsibilidade objetiva).

Dessa comparação (capacidade de evitar do homem médio), conclui-se se ocorreu violação da obrigação de cuidado, violação manifestada pela **imprudência**, **negligência** ou **imperícia** (modalidades de culpa).

(1) **Imprudência**: o agente atua com precipitação, afoiteza, sem os cuidados que o caso requer (ex: conduzir veículo em alta velocidade num dia de muita chuva). É a forma positiva da culpa (*in agendo*), que se manifesta concomitantemente à ação, ou seja, está presente no decorrer da conduta que culmina no resultado involuntário. No mesmo exemplo, a conduta é lícita enquanto o motorista conduz o veículo na chuva em velocidade compatível, mas, a partir do momento em que imprime alta velocidade, surge a imprudência que sustentará a punição caso ocorra um acidente com lesão ou morte.

(2) **Negligência**: é a ausência de precaução (ex: conduzir veículo automotor com pneus gastos). Diferentemente da imprudência (positiva – ação), a negligência é negativa – omissão (*culpa in omitendo*). Revela-se a negligência, ao contrário da modalidade anterior, antes de se iniciar a conduta; o agente não adota a ação cuidadosa que se exige no caso concreto, daí advindo o resultado lesivo.

(3) **Imperícia**: é a falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou profissão (ex: condutor profissional que troca o pedal do freio pelo da embreagem, gerando o atropelamento).

43. Ob. cit. p. 464.

Percebe-se que o agente, na imperícia, revela claro despreparo técnico ou prático. Não se confunde com a **inobservância de regra técnica**, causa especial de aumento de pena nas modalidades culposas do crime de homicídio e de lesão corporal, hipótese em que o agente, possuindo conhecimentos técnicos e práticos, mas, relapso, não os observa no momento de agir. Também não se confunde com o erro profissional, que não decorre de conduta envolta em falta de aptidão técnica. No erro profissional, o agente tem conhecimento das regras e as observa no decorrer da conduta, mas, sendo falíveis os postulados científicos, torna-se possível a ocorrência de um resultado lesivo decorrente de erro, que não ensejará punição. Como exemplo, podemos citar o seguinte: determinado paciente necessita de cirurgia cardíaca extremamente delicada, para a qual a medicina ainda não desenvolveu técnica segura. O médico, devidamente habilitado e experiente, põe-se a realizar o procedimento, observando rigorosamente todos os métodos cirúrgicos que seu conhecimento abarca e de que a arte médica dispõe. Não obstante, durante o procedimento, em razão da complexidade que a situação revela e para a qual não há resposta científica eficiente, comete um erro, que acaba por causar a morte do paciente. Esta situação revela um erro profissional que não caracteriza culpa, pois ausente a imperícia.

Imperícia	Inobservância de regra técnica	Erro profissional
O agente demonstra falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou profissão.	O agente, possuindo conhecimentos técnicos e práticos, mas, relapso, não os observa no momento de agir.	O agente tem conhecimento das regras e as observa no decorrer da conduta, mas, sendo falíveis os postulados científicos, torna-se possível a ocorrência de um resultado lesivo decorrente de erro.

As modalidades de culpa podem coexistir no mesmo fato? MIRABETE, não sem razão, responde:

“Além de imprecisos os limites que distinguem essas modalidades de culpa, podem elas coexistir no mesmo fato. Poderá haver imprudência e negligência (pneus gastos que não foram trocados e excesso de velocidade), a negligência e a imperícia (profissional incompetente que age sem providências específicas), a imperícia e a imprudência (motorista canhestro recém-habilitado que dirige em velocidade incompatível com o local)”⁴⁴.

Por fim, deve ser alertado que atuar violando regras não significa presumir culpa⁴⁵. A violação de normas constitui apenas um indício. O julgador deve examinar as

44. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 23ª ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2006, p. 146.

45. A culpa presumida ou *in re ipsa*, modalidade de culpa admitida pela legislação penal existente no Brasil antes do Código Penal de 1940, consistia na simples inobservância de uma disposição regulamentar. Com o advento do atual Código Penal, a culpa não mais se presume, devendo ser comprovada.

circunstâncias que envolvem o caso concreto. Não se descarta a possibilidade de, mesmo que não houvesse infração do dever de cuidado, o resultado ocorreria do mesmo modo. Explicam **Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**:

“Não obstante, sempre que houver a probabilidade de que o resultado pudesse ter sido igualmente produzido em caso do sujeito ter observado o cuidado objetivamente devido, o juiz deverá absolvê-lo em virtude do princípio *in dubio pro reo*”⁴⁶.

(C) Resultado naturalístico involuntário

Em regra, os crimes culposos são materiais, ou seja, causam, de modo involuntário, modificação no mundo externo (conduta voluntária com resultado involuntário).

Temos, no entanto, exceções, punindo-se a culpa independentemente de resultado naturalístico, como, por exemplo, no artigo 38 da Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas): “*prescrever [...] culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente*”. O crime, nesta hipótese, se consuma com o ato da entrega da receita ao paciente, não importando se o paciente fez (ou não) uso do psicotrópico⁴⁷.

(D) Nexa entre conduta e resultado

Tratando-se, como mencionado, de crime que pressupõe resultado naturalístico, e em decorrência da teoria da *conditio sine qua non*, adotada no art. 13, *caput*, do Código Penal, deve estar presente a relação de causalidade entre a ação ou omissão voluntária e o resultado involuntário.

(E) Resultado (involuntário) previsível

Como já anunciado, o resultado do comportamento culposo é, em regra, inconsciente, não previsto pelo agente, apesar de previsível.

Excepcionalmente, no entanto, ainda que presente a previsão, não se descarta a culpa, desde que o agente acredite poder evitar o resultado, seja contando com a sua habilidade, seja com a sorte. Trata-se da culpa consciente.

O tipo penal culposo pressupõe, também, a **previsibilidade objetiva** do resultado, traduzida na possibilidade do portador de inteligência mediana ser capaz de concluir que sua conduta pode resultar no ilícito. A valoração da previsibilidade é feita pelo magistrado no momento em que aprecia a conduta mediante análise das características do homem médio, inseridas no caso concreto.

46. Ob. cit. p 366.

47. Embora haja divergência doutrinária, entende-se que o artigo 13 do Estatuto do Desarmamento também traz hipótese de crime culposos sem resultado naturalístico, pois o delito se aperfeiçoaria independentemente do apoderamento da arma pela criança, adolescente ou pessoa com deficiência mental. Lei nº 10.826/2003. Art. 13. *Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade.*

A previsibilidade é inafastável porque o alicerce do crime culposo é a inobservância do dever de cuidado, que só pode servir para balizar a conduta quando o agente tem a capacidade de antever que daquela ação um ilícito pode resultar. Imaginemos a situação em que o sujeito pilota uma lancha em alto-mar, em velocidade excessiva e efetuando manobras arriscadas. Em determinado momento, atropela e mata um homem que nadava tentando se salvar de um naufrágio. Indaga-se: é previsível que haja um homem nadando em alto-mar? A resposta é negativa; logo, é impossível punir o piloto por homicídio culposo, pois, se não é previsível que alguém esteja nadando naquele local, não se pode exigir do piloto que adote as cautelas necessárias para evitar o atropelamento.

Fala-se, ainda, em **previsibilidade subjetiva**, que, afastando-se do conceito de homem médio, estabelece a avaliação sobre a possibilidade de o agente prever a ocorrência do resultado por meio da análise de suas características pessoais.

A incidência dessa espécie de previsibilidade no crime culposo é controversa. **Damásio de Jesus**, por exemplo, sustenta que ao analisar o dever de cuidado, “não se pergunta o que o homem prudente deveria fazer naquele momento, mas sim o que era exigível do sujeito nas circunstâncias em que se viu envolvido”⁴⁸.

Não é diferente a lição de **Zaffaroni e Pierangeli**, para quem

“A previsibilidade deve ser estabelecida de acordo com a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isto se possa recorrer a qualquer “termo médio” ou “critério de normalidade”. Um técnico em eletricidade pode prever com maior precisão do que um leigo o risco que acarreta um fio solto, e quem tem em seu automóvel um dispositivo que lhe permite prever acidentes, que sem ele seriam imprevisíveis, tem um dever de cuidado maior do que aqueles que não possuem tal aparelho, ainda que apenas um veículo em mil o possua (Mezger-Blei)”⁴⁹.

NÉLSON HUNGRIA, no entanto, discorda dessas lições. Para o autor,

“O que decide não é a atenção habitual do agente ou a diligência que ele costuma empregar in rebus suis, mas a atenção e diligência próprias do comum dos homens; não é a previsibilidade individual, mas a medida objetiva média de precaução imposta ou reclamada pela vida social”⁵⁰.

Alerta **Cleber Masson**, todavia, que a previsibilidade subjetiva, entendida como a possibilidade de conhecimento do perigo analisada sob o prisma subjetivo do autor, levando em consideração seus dotes intelectuais, sociais e culturais, não é elemento da culpa, mas será considerada pelo magistrado no juízo da culpabilidade, integrando o elemento da exigibilidade de conduta diversa⁵¹.

48. Ob. cit. p. 250.

49. Ob. cit. p. 518.

50. Ob. cit., vol. 1 t. II, p. 200.

51. Ob. cit. p. 283.

(F) Tipicidade

Não se pune a conduta culposa, salvo quando houver expressa disposição em lei. A tipicidade (subsunção ao tipo penal) é exigência do artigo 18, parágrafo único do Código Penal: “*Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*”.

Tomemos como exemplo o crime de dano. Caso o sujeito, por negligência, imprudência ou imperícia, destrua, danifique ou inutilize coisa alheia, a sua ação não será considerada crime, por ausência de tipicidade.

Em regra, nos delitos culposos, a ação prevista no tipo não está descrita, tratando-se de **tipo penal aberto**, dependendo de complementação a ser dada pelo juiz quando da análise do caso concreto. No homicídio, por exemplo, a lei limita-se a anunciar: Art. 121, § 3º, CP: “*Se o homicídio é culposo: Pena – detenção, de um a três anos*”. Somente pela leitura do dispositivo, ao contrário do que ocorre na modalidade dolosa, não é possível saber quando um homicídio será culposo. Apenas a confrontação do fato com os conceitos inerentes à culpa possibilitará a segura conclusão a respeito da falta de cuidado no decorrer da conduta.

Esta indeterminação fomenta doutrina **minoritária** a lecionar que os crimes culposos de tipos abertos ferem o princípio da legalidade, mais precisamente o mandamento da taxatividade. A crítica, todavia, não procede, pois seria absolutamente impraticável que a lei, ao tipificar, por exemplo, o homicídio culposo, previsse taxativamente todas as hipóteses de imprudência, negligência ou imperícia capazes de fundamentar a conduta culposa. Pode-se até sustentar que o tipo penal aberto não é a forma ideal de tipificação porque a subsunção da conduta ao tipo ficará sempre condicionada à valoração do juiz, admitindo certa discricionariedade. Trata-se, no entanto, da única forma viável de estabelecer a punição sobre fatos culposos.

Há casos, contudo, em que o legislador descreve a conduta tida como negligente, dispensando, nesse tanto, complemento judicial, fácil de perceber na receptação culposa: Art. 180, §3º do CP: “*Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso*”.

2.9.1.2.1. Espécies de culpa

São espécies de culpa:

(A) **Culpa consciente, com previsão** ou ***ex lascivia***: o agente prevê o resultado, mas espera que ele não ocorra, supondo poder evitá-lo com a sua habilidade (mais que previsibilidade, existe previsão).

(B) **Culpa inconsciente, sem previsão** ou ***ex ignorantia***: o agente não prevê o resultado, que, entretanto, era previsível. Neste caso, qualquer outra pessoa, naquelas circunstâncias, poderia prever a ocorrência daquele resultado.

(C) **Culpa própria** ou **culpa propriamente dita**: é aquela em que o agente não quer e não assume o risco de produzir o resultado, mas acaba lhe dando causa por negligência, imprudência ou imperícia.

(D) Culpa imprópria ou culpa por equiparação, por assimilação, ou por extensão: é aquela em que o agente, por erro evitável, imagina certa situação de fato que, se presente, excluiria a ilicitude do seu comportamento (descriminante putativa). Provoca **intencionalmente** determinado resultado típico, mas responde por culpa por razões de política criminal. Anuncia o art. 20, § 1º, do CP:

“Descriminantes putativas. § 1º – É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

Imaginemos que alguém, durante a madrugada, se depare num beco com seu desafeto colocando a mão no bolso traseiro da calça. Essa cena o faz pensar que será vítima de injusta agressão, obrigando-o a armar-se primeiro e atirar contra o iminente agressor. Depois de atirar para matar, percebe que seu desafeto tirava do bolso um celular. Temos um caso de legítima defesa putativa. Percebamos que a estrutura do delito é dolosa, mas o agente é punido por culpa. Aliás, considerando que a culpa imprópria nada mais é do que o dolo tratado circunstancialmente como culpa, para a maioria da doutrina, o crime é compatível com o instituto da tentativa.

☒ **Quais as diferenças entre a culpa consciente e o dolo eventual?**

A culpa consciente não pode ser confundida com o dolo eventual. Com efeito, se na culpa consciente o agente prevê o resultado e o **afasta**, no dolo eventual o agente prevê o resultado e **assume** o risco da sua ocorrência, agindo com evidente descaso com o bem jurídico.

O atirador de elite, que prevê a possibilidade de atingir a vítima do sequestro, mas afasta a ocorrência desse resultado por conta de sua técnica apurada, gerando o evento indesejado, responde por culpa consciente e não dolo eventual.

☒ **E o racha (competição de veículos automotores em via pública sem autorização legal)? Dolo eventual ou culpa consciente?**

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.971/14, o art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro foi acrescido de dois parágrafos que tratam da lesão corporal de natureza grave e da morte decorrentes da competição ilegal ou da demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, qualificando este delito. O dispositivo destaca, nos §§ 1º e 2º, que as penas ali estabelecidas são aplicadas apenas se as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado **nem assumiu o risco** de produzi-lo. Diante do silêncio anterior do Código de Trânsito a este respeito, a esmagadora maioria dos casos envolvendo mortes em competições ilegais vinha sendo tratada, conforme já destacamos, como dolo eventual, que se manifestava só pelo fato de que no momento do acidente o agente participava de competição ilegal em via pública, adotando conduta de altíssimo risco, sem se importar com as consequências. A partir dessa nova disposição legal, que inseriu modalidades de crime preterdoloso no art. 308 (lesão grave ou morte culposa, decorrente da ação anterior dolosa de integrar a competição), a análise jurídica de eventos dessa natureza deve

se modificar, pois o fato de o condutor do veículo causar a morte de alguém no decorrer de uma competição ilegal em via pública lhe é atribuído a título de culpa, servindo para qualificar o crime, e, portanto, não pode, por si, alicerçar a incidência do dolo eventual, cuja aplicação se restringe a casos em que se evidenciar a indiferença do agente diante do resultado lesivo provável.

☑ **Como tratar o atropelamento praticado por motorista embriagado?**

Havia, há algum tempo, a tendência de estabelecer o dolo eventual no homicídio cometido por motorista embriagado, especialmente quando a condução se combinava com alta velocidade. Argumentava-se que o condutor em estado de embriaguez assume conduta demasiadamente arriscada, admitindo a possibilidade de causar um acidente, e, como consequência, ferir ou matar alguém.

A questão, todavia, por sua complexidade, sempre foi objeto de debates.

A rigor, à luz da teoria do delito, o simples fato de o agente embriagado tomar a direção de um veículo e causar um acidente, ainda que imprima alta velocidade, não pode fazer presumir que a conduta tenha sido permeada pelo dolo eventual. Afirmar que alguém prevê a ocorrência do resultado e assume o risco de produzi-lo significa dizer que essa pessoa antecipa mentalmente que sua conduta pode causar determinado resultado lesivo e se mantém insensível, aceitando o resultado como provável. Não é, convenhamos, o que ocorre ao menos em grande parte dos casos, que decorrem, efetivamente, da imprudência do motorista que conduz o veículo sem apresentar condições psicomotoras adequadas. No exemplo de Rogério Greco, imaginemos aquele “que, durante a comemoração de suas bodas de prata, beba excessivamente e, com isso, se embriague. Encerrada a festividade, o agente, juntamente com sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para sua residência, pois quer assistir a uma partida de futebol que seria transmitida pela televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva, a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade excessiva que imprimia ao seu veículo, colide o seu automóvel com outro, causando a morte de toda a sua família. Pergunta-se: Será que o agente, embora dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, não se importava com a ocorrência dos resultados? É claro que se importava”.⁵²

Os tribunais superiores, majoritariamente, vinham entendendo que o crime cometido na condução de veículo automotor sob o efeito de álcool ou substância de efeitos análogos devia ser tratado como crime culposo (culpa consciente), não doloso (dolo eventual), a não ser que as circunstâncias demonstrassem a assunção do risco de provocar o resultado. Num dos julgamentos de recurso especial pelo STJ, considerou-se que classificar como dolo eventual o fato de o motorista dirigir embriagado significa presumir o dolo e afastar a possibilidade de punição pela conduta culposa, que é factível. Mas ainda que a embriaguez possa se caracterizar como uma circunstância negativa na análise do elemento

52. Ob. cit., vol. 1, p. 215.

anímico, isso não pode fazer com que todo e qualquer caso de acidente de trânsito com motoristas embriagados se submetam ao procedimento do júri. A análise deve ser baseada sempre no caso concreto:

“O estabelecimento de modelos extraídos da *praxis* que se mostrem rígidos e impliquem maior certeza da adequação típica por simples subsunção, a despeito da facilidade que ocasionam no exame dos casos cotidianos, podem suscitar desapego do magistrado aos fatos sobre os quais recairá a imputação delituosa, afastando, nessa medida, a incidência do impositivo direito penal do fato. Diferente seria a conclusão se, por exemplo, estivesse o condutor do automóvel dirigindo em velocidade muito acima do permitido, ou fazendo, propositalmente, zigue-zague na pista, ou fazendo sucessivas ultrapassagens perigosas, ou desrespeitando semáforos com sinal vermelho, postando seu veículo em rota de colisão com os demais apenas para assustá-los, ou passando por outros automóveis “tirando fino” e freando logo em seguida etc. Enfim, situações que permitissem ao menos suscitar a possível presença de um estado anímico compatível com o de quem anui com o resultado morte. Assim, não se afigura razoável atribuir a mesma reprovação a quem ingere uma dose de bebida alcoólica e em seguida dirige em veículo automotor, comparativamente àquele que, após embriagar-se completamente, conduz automóvel na via”.⁵³

A entrada em vigor da Lei 13.546/17 encerra o debate a respeito do homicídio de trânsito conjugado com a embriaguez. Inseriu-se no art. 302 do CTB um terceiro parágrafo que pune com reclusão de cinco a oito anos o agente que comete homicídio involuntário conduzindo o veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. O atual regramento afasta definitivamente a possibilidade de atribuição automática do dolo eventual ao motorista embriagado, o que, no entanto, não significa que não se possa cogitar do homicídio doloso. As circunstâncias do caso concreto – repita-se – é que devem determinar a qualidade da imputação.

Em resumo:

	Consciência	Vontade
Dolo Direto	Tem previsão	A vontade se resume num querer.
Dolo Eventual	Tem previsão	A vontade se resume em assumir risco (aceitar como possível o resultado).
Culpa Consciente	Tem previsão	O agente não quer nem aceita o resultado, acreditando que pode evitá-lo.
Culpa Inconsciente	Não tem previsão, mas previsibilidade (o agente não prevê o que era previsível).	O agente não quer nem aceita o resultado.

53. REsp 1.689.173/SC – Sexta Turma – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – DJe 26/03/2018.

☑ Existe compensação de culpas no Direito Penal?

A **compensação de culpas**, comum no Direito Privado, é incabível em matéria penal. Presente a negligência do acusado e da vítima, não se admite a compensação de culpas. Pode, no entanto, a culpa concorrente da vítima atenuar a responsabilidade do acusado, nos exatos termos do artigo 59 do Código Penal⁵⁴.

☑ E a concorrência de culpas?

Responde FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS:

“Dá-se a concorrência de culpas quando dois ou mais agentes, culposamente, contribuem para a eclosão do resultado naturalístico. Todos respondem pelo evento lesivo, por força da teoria da conditio *sine qua non*.

Não se confunde a coautoria, em que diversos agentes realizam de comum acordo a conduta culposa, com a concorrência de culpas, em que diversos agentes realizam a conduta culposa sem que haja entre eles qualquer liame psicológico”⁵⁵.

2.9.1.2.2. Exclusão da culpa

Há, basicamente, quatro situações em que a culpa pode ser afastada:

(A) caso fortuito e força maior: vimos que um dos pressupostos para o crime culposos é a previsibilidade do resultado, isto para que o agente possa adotar em sua conduta os cuidados necessários para não causar lesão a nenhum bem jurídico. O caso fortuito e a força maior se inserem entre os fatos imprevisíveis, que não se submetem à vontade de ninguém. Logo, o resultado daí advindo não pode fundamentar a punição por culpa.

(B) princípio da confiança: o dever objetivo de cuidado se estabelece sobre todos os indivíduos e, por isso, pode-se confiar que todos procedam de forma a permitir a pacífica convivência em sociedade. Dessa forma, se alguém age nos limites do dever de cuidado, confiando que os demais procedam da mesma forma, não responde por eventual resultado lesivo involuntário em que se veja envolvido. Ex.: o motorista que conduz seu veículo com a atenção necessária, em velocidade compatível para a via, pode confiar que o pedestre atravessasse apenas na faixa de segurança. Caso o pedestre, repentinamente, ponha-se a atravessar a via em local não adequado, cruzando o caminho do automóvel e seja atropelado, o condutor não será punido por culpa.

54. CP. Art. 59. *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.* (grifamos)

55. Ob. cit. p. 241.

(C) **erro profissional:** conforme já adiantamos, o erro profissional não se confunde com a imperícia. Esta última se verifica nas situações em que o agente, embora autorizado a desempenhar determinada função, não tem habilidade prática ou teórica para tanto. O erro profissional, que não caracteriza a culpa, decorre da falibilidade dos métodos científicos. Neste caso, o agente é apto a desempenhar a função e atua conforme as regras atinentes, mas isso não se mostra suficiente.

(D) **risco tolerado:** o comportamento humano, no geral, atrai certa carga de risco que, se não tolerada, impossibilitaria a prática de atividades cotidianas básicas e tornaria proibitivo o desenvolvimento pessoal e o progresso científico e tecnológico. Quanto mais essenciais forem determinados comportamentos, maior deverá ser a tolerância em relação aos riscos que trazem às relações humanas, afastando-se, conseqüentemente, qualquer reprovação que pudesse limitar a sua adoção. É o caso, por exemplo, do médico que realiza procedimento experimental em paciente com doença grave, sem perspectiva de tratamento adequado pelos métodos já consagrados.

2.9.1.3. Do crime preterdoloso

No crime preterdoloso, o agente pratica delito distinto do que havia projetado cometer, advindo da conduta dolosa resultado culposo mais grave do que o projetado. O comportamento é doloso, mas o resultado (mais grave) é involuntário.

Cuida-se, portanto, de figura criminosa híbrida, havendo verdadeiro concurso de dolo e culpa no mesmo fato (dolo no antecedente – conduta – e culpa no consequente – resultado)⁵⁶.

Exemplo clássico de crime preterdoloso é a lesão corporal seguida de morte⁵⁷. Com efeito, nesta hipótese, o agente quer a lesão, porém, por negligência, imprudência ou imperícia, dá causa a resultado mais grave, qual seja, a morte.

Como se nota, trata-se de espécie de crime qualificado pelo resultado (art. 19 do CP)⁵⁸. Explica **Nucci**:

“Na realidade, o crime qualificado pelo resultado é gênero no qual há a espécie preterdolosa. Esta última é, particularmente, caracterizada por admitir somente dolo na conduta antecedente (fato-base) e culpa na conduta consequente (produtora do evento qualificador),

56. Bento de Faria discorda, sustentando não ser possível atribuir ao mesmo fato duas causas psicológicas diversas – o *dolo* e a *culpa* (Ob. cit., p. 214).

57. CP. Art. 129. *Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 3º – Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo. Por oportuno, anote-se que o crime de lesão corporal seguida de morte tem na conduta antecedente o dolo de lesionar. Deste modo, caso alguém tenha o dolo de praticar **vias de fato** contra outrem e desta conduta advier o resultado morte, o delito praticado será o de homicídio culposo (ex: “A” empurra “B” numa boate e “B”, em decorrência do empurrão, bate a cabeça numa mesa e morre. “A” responderá por homicídio culposo).*

58. Existem outras modalidades de crime qualificado pelo resultado, a depender do caso concreto: **dolo** na conduta antecedente e no resultado subsequente (ex: latrocínio); **culpa** na conduta antecedente e **culpa** no resultado (ex: incêndio culposo qualificado pela lesão grave ou morte).

além de exigir que o interesse jurídico protegido seja o mesmo, tanto na conduta antecedente, como na consequente – ou pelo menos do mesmo gênero. Tal situação pode ocorrer, com exatidão, na lesão corporal seguida de morte, mas não no roubo seguido de morte, por exemplo”.⁵⁹

São **elementos** do crime preterdoloso:

- (i) a conduta dolosa visando determinado resultado;**
- (ii) a provocação de resultado culposo mais grave que o desejado;**
- (iii) o nexo causal** entre conduta e o resultado; e
- (iv) tipicidade**, pois não se pune o crime preterdoloso sem previsão expressa em lei.

Percebe-se que o resultado que agrava a pena deve ser ao menos previsível. Caso seja imprevisível, não é possível imputá-lo ao agente, ainda que haja nexo causal. Por esse motivo, o resultado mais grave que advém de caso fortuito ou força maior não pode ser atribuído ao sujeito ativo. Deste modo, se dois desafetos brigam na areia da praia e um deles é derrubado, não poderá haver punição por lesão corporal seguida de morte se o indivíduo derrubado bate a cabeça na areia e, por conta de uma pedra cuja existência não poderia ser antevista, vem a óbito. É que, neste caso, era imprevisível a existência da pedra (o que não ocorreria se ambos estivessem lutando em terreno rochoso). O briguento sobrevivente responde por lesão corporal.

Na mesma esteira, deve-se registrar que a culpa tem de ser provada, **vedada a sua presunção**. No exemplo citado, o fato de alguém se envolver em uma contenda com o propósito de ferir outro indivíduo não autoriza que a morte eventualmente decorrente lhe seja automaticamente imputada.

☒ **O reincidente em crime preterdoloso deve ser tratado como reincidente em crime doloso ou culposo?**

Dependendo da resposta podemos estar excluindo do condenado reincidente determinados benefícios, como, por exemplo, o “sursis” (art. 77 do CP), não permitido para reincidentes em crimes dolosos. **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**, não sem razão, assim se posiciona:

“Ingressa o crime preterdoloso na categoria dos crimes de duplo resultado. O dolo do agente abrange apenas resultado menos grave (ex: vontade de ferir). O resultado mais grave (ex: a morte involuntária), porém, lhe é atribuído a título de culpa.

O reincidente em crime preterdoloso, contudo, deve ser tratado como reincidente em crime doloso, pois antes de integralizar-se o resultado culposo mais grave realiza-se, por completo, um crime doloso menos grave.”⁶⁰.

59. *Código Penal Comentado*. Ob. cit. p. 179.

60. Ob. cit. p. 247.

2.9.2. Erro de tipo

Erro de tipo está previsto no artigo 20, *caput*, do Código Penal: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

Nesse caso, o agente ignora ou tem conhecimento equivocado da realidade⁶¹. Cuida-se de ignorância ou erro que recai sobre as **elementares, circunstâncias** ou **quaisquer dados** que se agregam a determinada figura típica.

São exemplos de erro de tipo (A) a mulher que sai às pressas da sala de aula e, por engano, leva a bolsa de sua colega, muito parecida com a sua; (B) ou o caçador que atira e mata o seu colega de caça, depois que este, sem avisar, se disfarçara de urso para pregar-lhe uma peça.

Nas duas hipóteses, a conduta do sujeito se amolda a um tipo penal (furto – art. 155, CP e homicídio – art. 121, CP, respectivamente), entretanto é fácil concluir que faltou em cada uma das situações a correta representação da realidade por parte do autor.

2.9.2.1. Erro de tipo x Erro de proibição

Erro de tipo é figura que não se confunde com **erro de proibição**. Com efeito, no erro de proibição⁶², o equívoco não recai sobre os elementos ou dados agregados ao tipo, mas sobre a ilicitude da conduta praticada. Pode-se dizer que, no erro de tipo o agente não sabe exatamente o que faz, enquanto no erro de proibição o agente sabe exatamente o que faz, porém ignora o caráter ilícito do seu ato.

Erro de tipo	Erro de proibição
Há falsa percepção da realidade que circunda o agente	O agente percebe a realidade, equivocando-se sobre regra de conduta.
O agente não sabe o que faz.	O agente sabe o que faz, mas ignora ser proibido.
“A” sai de festa com guarda-chuva pensando ser seu, mas logo percebe que errou, pois o objeto é de terceiro.	“A” encontra um guarda-chuva na rua e acredita que não tem obrigação de devolver, porque “achado não é roubado”.

2.9.2.2. Erro de tipo: espécies

O erro de tipo pode ser dividido em duas espécies: o **erro de tipo essencial** e o **erro de tipo accidental**.

No **essencial**, o erro recai sobre os dados principais do tipo penal, enquanto no **accidental**, recai sobre dados secundários. No primeiro, se avisado do erro, o agente para de

61. O erro não se confunde com ignorância. Na ignorância o sujeito desconhece completamente a realidade, enquanto no erro existe conhecimento, mas equivocado. O Código Penal, entretanto, os equipara, tratando ambos como erro.

62. O erro de proibição será mais bem estudado quando da análise da culpabilidade.

agir criminosamente; no segundo, o agente corrige os caminhos ou sentido da conduta e continua agindo de forma ilícita.

O erro de tipo **essencial** pode ser **inevitável** ou **evitável**, enquanto o erro de tipo **acidental** possui cinco subespécies: erro sobre o **objeto**, erro sobre a **pessoa**, erro na **execução**, **resultado diverso do pretendido** e erro sobre o **nexo causal**.

Erro de tipo essencial	a) inevitável b) evitável
Erro de tipo acidental	a) sobre o objeto b) sobre a pessoa c) na execução d) resultado diverso do pretendido e) sobre o nexo causal

Vamos estudar cada espécie, separadamente.

(A) Erro de tipo essencial

Como expusemos, o erro de tipo essencial recai sobre elementares, circunstâncias ou quaisquer dados que se agregam a determinada figura típica. Sua disciplina se encontra no artigo 20, *caput*, do Código Penal, que dispõe: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Imaginemos um caçador que atira contra um arbusto pensando que lá se esconde um animal. Ao se aproximar, percebe que matou alguém. O atirador não sabia da existência da elementar “alguém”, praticando um homicídio sem ter consciência.

As consequências desta espécie de erro vão depender se inevitável ou evitável:

1) inevitável: também conhecido como justificável, escusável ou invencível, configura o erro imprevisível, excluindo o dolo (por não haver consciência) e culpa (pois ausente a previsibilidade).

2) evitável: também conhecido como injustificável, inescusável ou vencível, cuida-se do erro previsível, só excluindo o dolo (por não existir consciência), mas punindo a culpa (se prevista como crime), pois havia possibilidade de o agente conhecer do perigo⁶³.

☒ Como aferir a (in)evitabilidade do erro?

A corrente **tradicional** invoca a figura do “**homem médio**” por entender que a previsibilidade deve ser avaliada tão-somente sob o enfoque objetivo, levando em consideração estritamente o fato e não o autor. Nesse sentido, explica **Flávio Monteiro de Barros**:

63. Paulo Queiroz bem adverte: “Pode o erro de tipo acarretar outros efeitos que não a exclusão do dolo ou da culpa, como a desclassificação do delito. Assim, se o sujeito desacatar funcionário público, desconhecendo essa sua qualidade, poderá responder não por desacato (CP, art. 331), mas por crime contra a honra (v.g., injúria)”. (Ob. cit., p. 202).

“Erro invencível ou escusável é o que não emana da culpa do agente. Ainda que empregasse a atenção do ‘homem médio’, o erro ter-se-ia verificado. Erro vencível ou inescusável é o que emana da culpa do agente. Para evitá-lo bastaria a atenção normal do ‘homem médio’”⁶⁴.

Uma corrente mais **moderna**, não sem razão, trabalha com as circunstâncias do caso concreto, pois percebe que o grau de instrução, idade do agente, momento e local do crime podem interferir na previsibilidade do agente (circunstâncias desconsideradas na primeira orientação).

Lembrando o exemplo usado para explicar o instituto, se o caçador agiu em mata densa, longe do centro urbano, certamente seu erro será considerado inevitável, ficando isento de pena. Se, no entanto, agiu em mata próxima a centro habitado, ciente de que outros acidentes ocorreram na região, não observando o seu dever de cuidado, seu erro será etiquetado como evitável, respondendo por crime culposos.

(B) Erro de tipo acidental

Acidental é o erro que recai sobre dados secundários, periféricos do tipo. A intenção criminosa é manifesta, incidindo naturalmente a responsabilidade penal. Conclui **Bento de Faria**:

“nenhuma alteração se produz nem na natureza íntima da intenção, nem nos efeitos do crime, e por isso não pode o erro acidental aproveitar ao agente, quer para os efeitos da imputabilidade, quer para os da penalidade”⁶⁵.

São cinco as espécies de erro de tipo acidental:

(B.1) Erro de tipo acidental sobre o objeto (*error in objecto*)

O erro sobre o objeto não tem previsão legal, mas é discutido pela doutrina.

Trata-se da hipótese em que o agente confunde o objeto material (coisa) visado, atingindo outro que não o desejado.

Exemplo: a pessoa ingressa numa loja para subtrair um relógio de ouro, mas acaba furtando um relógio dourado, confundindo, portanto, o objeto visado⁶⁶.

A **consequência** do erro sobre o objeto é punição do agente pela conduta praticada, respondendo pelo delito considerando-se o objeto material (coisa) **efetivamente atingido**. Percebe-se, portanto, que o erro sobre o objeto **não** exclui dolo, não exclui a culpa e não isenta o agente de pena, considerando-se na sua punição o objeto diverso do pretendido.

Fernando de Almeida Pedroso, no entanto, pensa diferente:

“Pelo *princípio unitário* (o do desdobramento é impossível com a espécie, pois inexistente fragmentação do elemento volitivo),

64. Ob. cit. p. 202.

65. Ob. cit., p. 215.

66. Somente haverá esta espécie de erro se a confusão de objetos materiais não interferir na essência do crime, pois, caso contrário, deve ser tratado como erro de tipo essencial (ex: senhora que cultiva no quintal da sua casa pé de maconha imaginando ser planta ornamental).

responde o agente como se tivesse empolgado o objeto realmente querido, imputando-se-lhe, no caso figurado, o delito de furto consumado”⁶⁷.

Mas, por falta de previsão legal, parece mais acertado (e justo) o juiz, na dúvida, considerar o objeto mais favorável ao réu, observando o caso concreto. O agente vai ser punido pelo crime praticado, mas considerando o objeto desejado ou atacado, sempre o mais benéfico (imaginemos que um deles permita o privilégio).

(B.2) Erro de tipo acidental quanto à pessoa (*error in persona*)

O erro quanto à pessoa está previsto no artigo 20, §3º, do Código Penal, que assim dispõe:

“O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Nesta espécie de erro, há uma equivocada representação do objeto material (pessoa) visado pelo agente. Em decorrência deste erro, o agente acaba atingindo pessoa diversa.

Percebe-se que o erro quanto à pessoa implica na existência de duas vítimas: uma **real** (pessoa realmente atingida) e uma **virtual** (pessoa que se pretendia atingir). O agente, na execução, confunde as duas.

Exemplo: “A” quer matar seu próprio pai, porém, representando equivocadamente a pessoa que entra na casa, acaba matando o seu tio. “A” será punido por parricídio, embora seu pai permaneça vivo⁶⁸.

O erro quanto à pessoa **não** exclui o dolo, não exclui a culpa e não isenta o agente de pena, mas na sua punição devem ser consideradas as qualidades ou condições pessoais da vítima virtual (pretendida). O nosso Código adotou a teoria da equivalência, como explica **Paulo Queiroz**:

“É que, de acordo com a teoria da equivalência adotada pelo Código, ‘não se consideram as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime’ (CP, art. 20, § 3º). A solução seria diferente se o Código tivesse adotado a teoria da concretização, hipótese em que o agente responderia pelo que de fato aconteceu: se querendo matar o pai, matou um estranho, responderia por matar um estranho”⁶⁹.

67. Ob. cit. p. 529.

68. E se a vítima que se pretende atingir (no exemplo, o pai do agente), já está morta no momento da conduta? Se são consideradas as suas características pessoais, há crime impossível, embora tenha ocorrido a morte da pessoa que não era objeto da conduta? **A resposta é negativa**, pois, neste caso, considera-se a hipótese de que a vítima virtual estivesse viva. Assim, na situação em que “A” quisesse matar seu pai, mas, representando equivocadamente o alvo, matasse seu tio, e seu pai já estivesse morto naquele momento, considera-se a hipótese de que estivesse vivo e pudesse ter sido alvo da conduta, o que acarreta a responsabilidade penal por parricídio.

69. Ob. cit., p. 212.

É importante observar que no erro quanto à pessoa o sujeito executa perfeitamente a conduta criminosa (não há falha operacional), enganando-se no momento de representar o alvo.

(B.3) Erro de tipo acidental na execução

Também conhecido como *aberratio ictus*, o erro na execução é disciplinado pelo artigo 73 do Código Penal:

“Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

Cuida-se, em resumo, do *acidente ou erro no uso dos meios de execução* e, por consequência, o agente acaba atingindo pessoa diversa da pretendida – **embora corretamente representada**.

Exemplo: “A” mira seu pai, entretanto, por falta de habilidade no uso da arma, acaba atingindo um vizinho que passava do outro lado da rua.

O erro na execução, como se nota, **não se confunde** com o erro quanto à pessoa:

Erro sobre a Pessoa	Erro na Execução
Há equívoco na representação da vítima pretendida.	Representa-se bem a vítima pretendida.
A execução do crime é correta (não há falha operacional)	A execução do crime é errada (ocorre falha operacional).
A pessoa visada não corre perigo, pois confundida com outra.	A pessoa visada corre perigo, não sendo confundida.
Nos dois casos o agente responde pelo crime cometido considerando as qualidades da vítima virtual, pretendida. Nesse tanto, percebe-se que o mundo do ser não vincula o mundo do dever ser (para fins de aplicação da pena, leva-se em conta a vítima virtual).	

São **duas** as possíveis **consequências** do erro na execução.

1) Se o agente atingir **apenas** a pessoa diversa da pretendida (*aberratio ictus de resultado único*), será punido pelo crime, considerando-se, contudo, as condições e qualidades da vítima desejada (no nosso exemplo, pai) e não da vítima efetivamente atingida (o vizinho).

2) Se, no entanto, o agente atingir **também** a pessoa diversa da pretendida (*aberratio ictus com unidade complexa ou resultado duplo*), será punido pelos dois crimes, em concurso formal.

Nesta espécie de *aberratio ictus*, as circunstâncias podem conduzir a diversas situações. Imaginemos que “A” saque arma de fogo e, com intenção letal, dispare contra seu pai, atingindo-o e também a um vizinho:

a) ocorrendo a morte de ambos (pai e vizinho), teremos dois crimes, um homicídio doloso consumado (pai) e outro culposo (vizinho), em concurso formal próprio⁷⁰ (art. 70, 1ª parte do CP).

b) resultando somente lesões corporais em ambos (pai e vizinho), teremos tentativa de homicídio (pai), em concurso formal próprio com lesões culposas (vizinho).

c) derivando da conduta de “A” a morte do pai e lesões corporais no vizinho, teremos homicídio doloso consumado (pai) e lesões corporais culposas (vizinho), em concurso formal próprio.⁷¹

d) no caso de lesões corporais no pai e de morte do vizinho, percebemos na doutrina séria divergência:

1ª corrente: “A” responde pelo homicídio doloso do vizinho (considerando as qualidades do pai, vítima pretendida). Mas não se pode ignorar a existência de outro crime, lesão corporal, para fins de exasperação da pena em razão do concurso formal (Damásio).

2ª corrente: o atirador deve ser responsabilizado por tentativa de homicídio do pai, em concurso formal com o homicídio culposo do vizinho (Heleno Fragoso).

3ª corrente: deve ser atribuído ao atirador “A” homicídio doloso consumado do vizinho, em concurso formal com tentativa de homicídio do pai. Explica-se que, a princípio, poderia parecer correto considerar ter havido uma tentativa de homicídio com relação ao pai e um homicídio culposo contra o vizinho (como conclui a segunda corrente). Se fosse assim, todavia, quando se atingisse terceiro (vizinho) por erro na execução, seria melhor acertar também o alvo pretendido (pai) do que simplesmente esse terceiro. Em outras palavras, o erro na execução com resultado duplo seria mais benéfico para o assassino do que se tivesse havido resultado único. Isto porque, atingindo somente o vizinho (*aberratio ictus* com resultado único), ser-lhe-ia imputado um crime de homicídio doloso

70. Somente haverá *aberratio ictus* com resultado duplo quando o terceiro for atingido culposamente (por erro ou acidente). Agindo com dolo, ainda que eventual, em relação ao resultado em terceiro, não se estará diante do instituto do art. 73 do CP.

71. Julgando um caso de *aberratio ictus* em que a vítima pretendida havia sido morta e outra pessoa havia sofrido lesões corporais, a Sexta Turma do STJ concluiu que o dolo do homicídio visado deve se estender ao crime decorrente de erro, solução a nosso ver equivocada, que, no entanto, já foi adotada também pela Quinta Turma do tribunal (REsp 1.853.219/RS, j. 02/06/2020). Ao que parece, nas decisões mencionadas o tribunal se valeu do conceito de dolo *in re ipsa*, em que o elemento volitivo é presumido e, conseqüentemente, não precisa ser demonstrado. Mas devemos ter em mente que a estrutura do crime doloso resulta de dois elementos que integram o dolo: o volitivo – isto é, a vontade de praticar a conduta descrita na norma – e o intelectual – traduzido na consciência da conduta e do resultado. Sem consciência e vontade não há crime doloso. Se, por outro lado, esses elementos se fazem presentes, não se aplica o art. 73 do Código Penal porque, como vimos, na *aberratio* o resultado relativo à pessoa não visada decorre de um erro no momento da execução do crime. Somente pode haver, portanto, *aberratio ictus* com resultado duplo quando o terceiro é atingido por erro ou acidente. Se o executor atua com dolo – ainda que eventual – em relação ao terceiro, não é possível sustentar a ocorrência de um erro na execução.

consumado (art. 73, primeira parte, do CP). Se é assim, na hipótese de ser também atingido o pai (pessoa visada), o qual sobrevive, não é razoável a responsabilização por fatos de menor gravidade (o concurso formal entre homicídio tentado e homicídio culposo é menos grave que um homicídio doloso consumado). É dizer: a pena decorrente da *aberratio ictus* com unidade complexa não pode ser inferior àquela imposta no caso de *aberratio ictus* com unidade simples (André Estefam).

Em qualquer das situações, percebe-se que o erro **não** exclui o dolo, não exclui a culpa e não gera isenção de pena.

A doutrina moderna, percebendo que o art. 73 do CP anuncia que o engano pode derivar de “acidente ou erro no uso dos meios de execução”, diferencia a *aberratio ictus* em **duas** espécies:

A **primeira, *aberratio ictus* por acidente**, caracteriza-se por não haver erro no golpe, mas desvio na execução, podendo a pessoa visada estar ou não no local.

Exemplos: (A) “X” coloca uma bomba em um carro para explodir quando sua vítima “Y” der a partida no motor, mas quem o faz é a esposa de “Y”; (B) a mulher pretende matar o marido, colocando veneno na marmita que o marido leva diariamente ao trabalho, entretanto o marido esquece a marmita em casa e quem acaba comendo a comida envenenada é o filho.

Na **segunda, erro no uso dos meios (instrumentos) de execução**, existe erro no golpe, ou, em outras palavras, desvio na execução em razão da inabilidade do agente no manuseio ou uso dos meios utilizados na execução do crime. Neste caso, a vítima se encontra no local da execução do delito.

Exemplo: “A” percebe seu pai se aproximando e mira corretamente visando atingir o ascendente, mas, por inabilidade, acaba atingindo o seu vizinho.

(B.4) Resultado diverso do pretendido

O resultado diverso do pretendido, também chamado de *aberratio criminis* ou *aberratio delicti*, representa a situação em que o agente, também por acidente ou erro no uso dos meios de execução, atinge bem jurídico distinto daquele que pretendia atingir. Anuncia o artigo 74 do Código Penal:

Fora dos casos do artigo anterior [artigo 73, erro na execução], quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Percebe-se, assim, que tanto a *aberratio ictus* quanto a *aberratio criminis* são espécies de erro na execução, todavia, enquanto o primeiro erro faz com que o agente ataque **pessoa** diversa da pretendida (pessoa x pessoa), no segundo, o agente provoca lesão em bem jurídico diverso do pretendido (coisa X pessoa).

Exemplo: “A” quer danificar o carro que “B” está conduzindo, entretanto, por erro na execução, atinge e mata o motorista. Queria praticar dano, mas acaba produzindo morte.

Erro na execução		
Tipo de erro	<i>Aberratio Ictus</i>	<i>Aberratio Criminis</i>
Previsão Legal	Art. 73 do CP	Art. 74 do CP
Conceito	O agente, apesar do erro, atinge o mesmo bem jurídico de pessoa diversa. O resultado produzido (vida) coincide com o resultado pretendido (vida).	O agente, em razão do erro, atinge bem jurídico diverso. Resultado produzido diverso (vida) do resultado pretendido (patrimônio).
Relação	Há uma relação pessoa X pessoa.	Há uma relação coisa X pessoa.

Ocorrendo resultado diverso do pretendido, a **consequência** para o agente não poderá ser a isenção de pena. Neste caso, responderá pelo resultado diverso do pretendido, porém a título de culpa (se houver previsão legal). No nosso exemplo, “A”, responderá por homicídio culposo (ficando absorvida a tentativa de dano).

Como ocorre no *aberratio ictus*, entretanto, se o agente atingir **também** o resultado pretendido, responderá pelos dois crimes, em concurso formal de delitos.

Alertamos, porém, que a regra do artigo 74 do Código Penal deverá ser afastada quando o resultado pretendido seja mais grave que o produzido, evitando-se a impunidade. **Flávio Monteiro de Barros**, com maestria, exemplifica e explica a questão:

“O art. 74, 1ª parte, do CP, deve ser interpretado restritivamente, sob pena de gerar soluções absurdas. Tome-se o seguinte exemplo: “A” atira em “B”, para matá-lo, erra o alvo e, por culpa, acaba destruindo uma planta. Vale lembrar que o art. 49, parágrafo único, da Lei 9.605/98, passou a incriminar, o dano culposo em plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia. Uma interpretação gramatical do art. 74 faria com que o agente respondesse apenas pelo delito do art. 49 da citada lei. Por isso, deve ser interpretada restritivamente, porque disse mais do que quis. Assim, quando o art. 74 do CP enuncia que o agente deve responder tão-somente pelo resultado produzido, leia-se: ‘desde que o resultado produzido seja um crime mais grave do que o visado pelo agente’. Desnecessário dizer a incoerência de um dano culposo absorver uma tentativa de homicídio. Portanto, no exemplo ministrado, haverá tão-somente a tentativa de homicídio”⁷².

Em síntese:

Erro de tipo	Resultado Pretendido	Resultado Produzido
Erro sobre o objeto	Coisa	Coisa (diversa)

Erro sobre a pessoa	Pessoa	Pessoa (diversa)
Erro na execução (<i>aberratio ictus</i>)	Pessoa	Pessoa (diversa)
Resultado diverso do pretendido (<i>aberratio criminis</i>)	Coisa	Pessoa
Tentativa (erro na execução com resultado atingido menos valioso que o resultado pretendido)	Pessoa	Coisa

(B.5) Erro sobre o nexa causal

O erro sobre o nexa causal não possui previsão legal, sendo estudado apenas pela doutrina. É o caso em que o resultado desejado se produz, mas com nexa diverso, de maneira diferente da planejada pelo agente. Divide-se em **duas** espécies.

A **primeira é erro sobre o nexa causal em sentido estrito**. Ocorre quando o agente, mediante **um só ato**, provoca o resultado visado, porém com outro nexa de causalidade.

Exemplo: “A” empurra “B” de um penhasco para que ele morra afogado, porém, durante a queda, “B” bate a cabeça contra uma rocha e morre em razão de um traumatismo craniano.

A **segunda é o dolo geral** ou *aberratio causae*, espécie em que o agente, mediante conduta desenvolvida em **pluralidade de atos**, provoca o resultado pretendido, porém com outro nexa.

Exemplo: “A” atira em “B” (primeiro ato) e, imaginando que “B” está morto, joga seu corpo no mar, vindo “B” a morrer por afogamento.

A **consequência** é a punição do agente por um só crime (**princípio unitário**), desejado desde o início, a título de dolo (nos exemplos acima, homicídio consumado).⁷³ Há quem sustente que se considera o nexa ocorrido, e não o pretendido. Segundo **Cleber Masson**, que exemplifica com a hipótese de um pretendido homicídio qualificado pelo emprego de veneno:

“No tocante à qualificadora, deve ser considerado o meio de execução que o agente desejava empregar para a consumação (veneno), e não aquele que, acidentalmente, permitiu a eclosão do resultado naturalístico. Como esclarece Paulo José da Costa Júnior: ‘Pouco importa que o agente, que pretendia a obtenção de determinado

73. Temos corrente minoritária, com base no **princípio do desdobramento**, defendendo a cisão do elemento volitivo, imputando-se ao agente dois crimes distintos, em concurso material. Assim, lembrando o nosso exemplo em que “A” atira contra “B”, e, imaginando que “B” está morto, joga seu corpo no mar, deveria o sujeito ativo ser punido por tentativa de homicídio (“A” atira contra “B”) e homicídio culposo (morte por afogamento). Neste sentido adverte Juarez Cirino dos Santos: “Atualmente, um setor da doutrina resolve a hipótese como tentativa de homicídio, em concurso com homicídio imprudente, sob o argumento de o dolo deve existir ao tempo do fato”. Cita o autor as obras de Kristian Kühn (*Strafrecht*, 1994, §13, ns. 46-48, p. 448) e Reinhart Maurach e Heinz Zipf (*Strafrecht*, 1992, §23, n. 33) (Ob. cit., p. 89).

evento, tenha conseguido alcançá-lo com uma mudança do nexa causal. Se no campo objetivo a *aberratio causae* é de todo indiferente do direito penal, não o será fatalmente no terreno subjetivo, em que poderá apresentar certa relevância, sobretudo na motivação da conduta”⁷⁴.

A nosso ver – como já alertamos no erro sobre o objeto –, não havendo previsão legal, parece mais acertado (e justo), que, na dúvida, o juiz considere o nexa mais favorável ao réu, aquilatando o caso concreto. O agente é punido pelo crime praticado, mas considerando o nexa desejado ou realizado, sempre o mais benéfico (imaginemos que um nexa gera qualificadora, enquanto o outro permite a forma simples do delito).

2.9.2.3. Erro de tipo: questões complementares

(A) Erro de tipo essencial x delito putativo por erro de tipo

Tanto no erro de tipo essencial quanto no delito putativo por erro de tipo (também chamado de **delito de alucinação**) há uma falsa percepção da realidade. Em ambas as hipóteses, o agente não sabe exatamente o que faz. Não obstante, diferenciam-se as duas situações porque no erro de tipo o agente pratica tipo penal sem querer, enquanto no delito putativo por erro de tipo o agente pratica um fato atípico sem querer.

É exemplo de erro de tipo o caçador que atira em uma pessoa fantasiada, acreditando tratar-se de urso gigante. Haverá delito putativo por erro de tipo no caso do visitante de um museu de cera que atira num boneco acreditando que mata alguém.

Em resumo:

Erro de Tipo Essencial	Delito Putativo Por Erro de Tipo
Há uma falsa percepção da realidade. O agente não sabe o que faz.	
O agente imagina praticar um indiferente penal. Acha estar agindo licitamente .	O agente imagina praticar fato típico. Acha estar agindo ilicitamente .
O agente ignora a presença de uma elementar (“alguém”) no delito “matar alguém”).	O agente ignora a ausência da elementar (pois o boneco não é “alguém”).
O agente pratica o tipo penal sem querer.	O agente pratica um fato atípico sem querer (crime imaginário).
Ex: O agente atira contra pessoa imaginando ser boneco de cera.	Ex: O agente atira contra estátua de cera imaginando ser pessoa*.
* Percebe-se que o delito putativo por erro de tipo não passa de um crime impossível por absoluta impropriedade do objeto material (art. 17 do CP).	

74. Ob. cit., p. 287.

(B) Erro de tipo x competência para processo e julgamento

O erro de tipo é matéria de direito penal, sem previsão no Código de Processo. Logo, não reflete na competência para o processo e julgamento do crime praticado, determinada pela vítima efetiva (real) e não pela vítima pretendida.

Neste sentido já decidiu o STJ:

“Ainda que tenha ocorrido a aberratio ictus, o militar, na intenção de cometer o crime contra colega da corporação, outro militar, na verdade, acabou praticando-o contra uma vítima civil, tal fato não afasta a competência do juízo comum. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o suscitado”⁷⁵.

(C) Erro de subsunção

Sem previsão legal, o erro de subsunção ocorre quando o agente decifra equivocadamente o sentido jurídico do seu comportamento. Explicam **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio Molina**:

“Erro de tipo e erro de subsunção: neste último caso, que retrata uma situação jurídica penalmente irrelevante, o erro do agente recai sobre conceitos jurídicos, ou seja, sobre a compreensão do sentido jurídico de um requisito (normativo) previsto no tipo legal. No erro de subsunção há, portanto, uma valoração jurídica equivocada, isto é, uma interpretação jurídica errônea do que está contido no tipo. O erro de subsunção não afasta a responsabilidade penal do agente”⁷⁶.

Não se confunde com erro de tipo, pois não há falsa percepção da realidade. Também não se confunde com erro de proibição, vez que o agente sabe da ilicitude do seu comportamento.

São **exemplos** de erro de subsunção: (A) o agente “A” pratica a falsificação de um cheque. Ao ser interrogado, alega que ignorava que o cheque é documento equiparado a documento público⁷⁷; (B) o jurado solicita vantagem indevida ignorando a sua condição de funcionário público.

Esta espécie de erro, como alertado, não exclui dolo, tampouco a culpa do agente. Também não o isenta de pena.

Juarez Cirino dos Santos explica o porquê da responsabilização deste erro:

“O cidadão comum não pode conhecer todos os conceitos jurídicos, empregados pelo legislador; contudo, mediante a chamada valoração paralela na esfera do leigo pode esse cidadão identificar os

75. STJ – Terceira Seção – CC 27368 – Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, DJ 27/11/2000. No mesmo sentido: STJ, CC 41.057/SP.

76. Ob. cit. vol. 2, p. 263.

77. CP. Art. 297, § 2º. *Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.*

significados subjacentes aos conceitos jurídicos, porque integrantes da cultura comum que orienta as decisões da vida diária, como ocorre em relação ao conceito de *documento*⁷⁸.

Embora não haja isenção da pena, conforme a situação pode incidir a atenuante genérica do artigo 66⁷⁹ do Código Penal. Assim, nos exemplos anteriormente reproduzidos, o agente “A” responderá por falsificação de documento público (art. 297, CP) e o jurado responderá pelo crime de corrupção passiva (art. 317, CP), com atenuante de pena.

(D) Erro provocado por terceiro

No erro de tipo o agente erra por conta própria, por si só. Já no erro determinado por terceiro, previsto no artigo 20, §2º do Código Penal, temos um erro induzido, figurando dois personagens: o agente provocador e o agente provocado. Trata-se de erro não espontâneo que leva o provocado à prática do delito.

O erro determinado por terceiro tem como **consequência** a punição do agente provocador, na condição de **autor mediato**⁸⁰. Se o erro foi determinado dolosamente, responderá pelo crime na modalidade dolosa; se foi determinado culposamente, responderá por delito culposos.

O agente provocado (**autor imediato**), em regra, não responderá por crime. Entretanto, caso tenha agido com dolo ou culpa, responderá também pelo delito.

Exemplo: um médico, com intenção de matar seu paciente, induz dolosamente a enfermeira a ministrar dose letal ao enfermo. O médico (**autor mediato**) responderá por homicídio doloso, enquanto a enfermeira (**autor imediato**), em regra, fica isenta de pena, salvo se demonstrada a sua negligência, hipótese em que será responsabilizada a título de culpa.

2.9.3. Quanto ao modo de execução

2.9.3.1. Crime comissivo

O Direito Penal protege determinados bens jurídicos proibindo condutas consideradas desvaliosas.

O crime comissivo nada mais é do que a realização (ação) de uma conduta desvaliosa proibida pelo tipo penal incriminador. Viola um tipo proibitivo.

Exemplos: matar alguém (art. 121 do CP), subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (art. 155 do CP), falsificar, no todo ou em parte, ou alterar, documento público (art. 297 do CP) etc.

Explica **Fernando de Almeida Pedroso**:

“Crimes comissivos são aqueles que apresentam núcleo que, pela sua índole e natureza, comporta forçosamente atuação de aspecto

78. Ob. cit., p. 82.

79. CP. Art. 66. *A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.*

80. Este tema será mais bem explorado quando do estudo específico do concurso de pessoas.

positivo. Elemento nuclear comissivo, por via de consequência, é o que pressupõe a movimentação física e corpórea do agente no mundo exterior, um desprendimento de sua energia destinado à realização da ação típica. Há mister, em casos tais, como condição indeclinável para a realização da conduta incriminada, que o sujeito ativo aja ostensivamente no plano fenomênico. Deve ele fazer alguma coisa e proceder de forma positiva para a concreção da conduta punível. Tem que desenvolver comportamento dinâmico endereçado à concretização do núcleo típico, denotando fisicidade para o mister”⁸¹.

2.9.3.2. Crime omissivo

Nos crimes omissivos ocorre o inverso dos comissivos, isto é, bens jurídicos podem ser tutelados com a proibição de abstenção de condutas valiosas.

O crime omissivo é a não realização (não fazer) de determinada conduta valiosa (comportamento ideal) a que o agente estava juridicamente obrigado e que lhe era possível concretizar. Viola um tipo mandamental.

Exemplos: deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (art. 135 do CP), deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (art. 269 do CP).

Não podemos confundir, portanto, tipo proibitivo com tipo mandamental:

Tipo Proibitivo	Tipo Mandamental
Descreve conduta desvaliosa	Descreve conduta valiosa
É violado por ação (o agente realiza o que o tipo proíbe)	É violado por omissão (o agente não realiza o que é devido, o que tipo manda)

A norma mandamental (que determina a ação valiosa) pode decorrer **do próprio tipo penal**, quando o tipo descreve a omissão (exemplo: *deixar de prestar assistência* – omissão de socorro) ou **de cláusula geral**, quando o dever de agir está descrito em norma geral, e não no tipo. É dentro dessa perspectiva que a doutrina divide os crimes omissivos em **próprios** e **impróprios**⁸².

81. Ob. cit. p. 127-8.

82. Ressalte-se que se o agente desconhece o seu dever de agir, imposto normativamente no tipo ou em cláusula geral, incorrerá em **erro mandamental (ou de mandato)**, espécie de erro de tipo de acordo com o escólio de Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina: “O erro do agente que recai sobre a situação fática do dever de agir chama-se erro de mandato (ou erro mandamental) e constitui um erro de tipo (excludente de dolo)” (ob. cit. p. 299). A doutrina, no entanto, discorda, lecionando tratar-se de mais uma forma de erro de proibição, pois o agente, apesar de saber o que faz (ou melhor, o que não faz), acredita não estar obrigado, ignorando a ilicitude da sua inação. Nesse sentido, Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito: “O erro de

(A) Crime omissivo próprio (ou puro)

No crime omissivo próprio ocorre o descumprimento de norma imperativa, que determina a atuação do agente. Existe um dever genérico de agir que não é observado pelo destinatário da norma. Este dever, aliás, é dirigido a todos indistintamente (dever de solidariedade).

A conduta omissiva própria está descrita no próprio tipo penal incriminador, e, para que se configure, basta a sua desobediência, sendo, em princípio, irrelevante a ocorrência de resultado naturalístico. Esse resultado, aliás, serve para fixação da pena, podendo gerar até mesmo majorante ou uma qualificadora. É o que ocorre, por exemplo, com a omissão de socorro (art. 135, parágrafo único, CP). Existente a situação de perigo e permanecendo inerte o agente, consuma-se o crime. No entanto, se em razão da omissão houver lesão corporal grave ou morte, a pena será aumentada da metade ou triplicada, respectivamente. Percebe-se que, em regra, essa espécie de infração prescinde da análise do nexo causal, já que a simples abstenção do agente serve à sua configuração. No entanto, nos casos em que incidem majorantes ou qualificadoras, a apreciação da causalidade é imprescindível, devendo-se indagar se a ação omitida seria capaz de evitar o resultado⁸³.

(B) Crime omissivo impróprio (ou impuro ou espúrio ou comissivo por omissão)

Nos crimes omissivos impróprios não basta a simples abstenção de comportamento. Adota-se aqui a teoria normativa, em que o não fazer será penalmente relevante apenas quando o omitente possuir a obrigação de agir para impedir a ocorrência do resultado (dever jurídico). Mais do que um dever genérico de agir, aqui o omitente tem dever jurídico de evitar a produção do evento.

Omissão Própria	Omissão Imprópria
O agente tem dever genérico de agir (porque é um dever que atinge a todos indistintamente, em razão do dever de solidariedade).	O agente tem o dever jurídico especial/específico de agir para evitar o resultado.

Se nos crimes omissivos próprios a norma mandamental decorre do próprio tipo penal, na omissão imprópria ela decorre de **cláusula geral**, prevista no artigo 13, §2º, do Código Penal, dispositivo que estabelece as hipóteses em que alguém possui o dever jurídico de impedir o resultado. É esse dever (jurídico) que faz da sua abstenção comportamento relevante para o Direito Penal⁸⁴.

mandato (*Gebotsirrtum*) é o equivalente do erro de proibição (*Verbotsirrtum*) para os delitos omissivos. Como analisamos oportunamente, estes não se estruturam sobre uma proibição, mas sim em torno de um mandato. O sujeito desconhece a ordem que recai sobre ele (por exemplo, que o converte em garante de um bem jurídico) e, ao se omitir, comete o delito. Este erro pode ser, inclusive, mais frequente que o erro de proibição, já que para o sujeito poderá ser mais fácil conhecer os casos em que a norma o obriga a atuar. Em todo caso, o erro de proibição e de mandato são as duas possíveis modalidades de erro sobre a licitude da conduta (art. 21 do CP), e, portanto, equiparam-se completamente quanto a sua fundamentação e consequências jurídicas” (ob. cit. p. 486-7).

83. Em capítulo próprio (adiante) vamos estudar com profundidade a *causalidade na omissão*.

84. Trata-se também de norma de caráter integrativo, que complementa a tipicidade dos crimes comissivos praticados por omissão.

Omissão Própria	Omissão Imprópria
A omissão está descrita no tipo penal mandamental .	A omissão está descrita em cláusula geral (prevista no art. 13, §2º do CP) e não no tipo penal.

Ao contrário do crime omissivo próprio, nas hipóteses de omissão impura o tipo penal infringido pelo omitente descreve conduta comissiva, como se tivesse causado o resultado. O omitente conquista o evento comissivamente incriminado por meio de um não fazer, de uma abstenção ou omissão. Da mesma forma que se pode matar uma criança por meio de asfixia, também é possível chegar a esse mesmo resultado porque se deixa de socorrê-la (omissão). Se o omitente tinha o dever jurídico de impedir a morte do menor de 18 anos de idade, responderá por homicídio (e não simples omissão de socorro).

Omissão Própria	Omissão Imprópria
Não há personagens próprios.	Pressupondo dever específico, atinge o garantidor, definido no art. 13, § 2º, do CP
O agente responde por crime omissivo .	O agente responde por crime comissivo (praticado por omissão).
Ocorre uma subsunção direta entre o fato (omissão) e a norma (tipo que descreve uma omissão).	Ocorre uma subsunção indireta entre fato (omissão) e norma (tipo que descreve uma ação). Para haver a subsunção indireta é sempre necessária a aplicação combinada do art. 13, §2º do CP com o tipo penal referente ao resultado ocorrido (morte, no homicídio).

A relevância da omissão, todavia, não se resume ao **dever** de agir, pressupondo-se também que ao agente seja **possível** atuar para evitar o resultado. Com efeito, não se presume a responsabilidade penal simplesmente em razão da omissão por parte de quem estava obrigado ao contrário. Impõe-se a análise concreta dos acontecimentos para estabelecer se, naquelas circunstâncias, havia a possibilidade de o agente atuar para afastar a ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico que devia proteger. É fato, por exemplo, que o médico encarregado do pronto socorro a paciente em situação de emergência deve atuar para reverter a situação e preservar a vida daquela pessoa. Não se pode, entretanto, imputar-lhe a responsabilidade pela morte de alguém que não atendeu porque, naquele momento, dispensava sua atenção a outra pessoa em situação semelhante. Neste caso, embora o médico estivesse obrigado a agir, não havia possibilidade concreta em razão das circunstâncias em que se encontrava.

Vejamos os personagens que têm o dever jurídico de evitar o resultado.

Dispõe o artigo 13, §2º que “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem”:

(i) Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

A primeira hipótese diz respeito ao dever legal de cuidado, proteção ou vigilância. Neste caso, por expressa previsão legal, o agente está obrigado a agir com a finalidade de garantir a incolumidade do bem jurídico tutelado. A “lei” a que se refere a alínea “a” pode

ser de natureza não penal, como aquela prevista no artigo 1.634 do Código Civil, que trata do exercício do poder familiar, obrigando os pais em relação à criação e educação dos filhos.⁸⁵ Note-se que, mencionando a lei dever “legal”, obrigações de ordem moral ou religiosa não são consideradas para análise da omissão imprópria. Esclarece Heleno Fragoso que o dever atribuído ao omitente impróprio “só pode ser um *dever jurídico*. Não bastaria, assim, mero dever moral [ou religioso, acrescentamos]. Não pratica homicídio, mas sim omissão de socorro, quem contempla, inerte, o cego estranho precipitar-se de um abismo, podendo impedi-lo”⁸⁶.

(ii) De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

Também está obrigado a evitar a ocorrência do resultado o indivíduo que, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedi-lo. A regra incide nas hipóteses em que o dever não decorre da lei, mas da assunção voluntária do encargo de zelar pelo bem jurídico tutelado. A esse respeito, oportuna é a lição de **Francisco de Assis Toledo**:

“Penso que, aqui, a solução deve apoiar-se no princípio de que a *posição de garante* surge para todo aquele que, por ato voluntário, promessas, veiculação publicitária ou mesmo contratualmente, capta a confiança dos possíveis afetados por resultados perigosos, assumindo, com estes, a título oneroso ou não, a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo. Nessa situação se encontram: o guia, o salva-vidas, o enfermeiro, o médico de plantão em hospitais ou prontos-socorros, os organizadores de competições esportivas etc.”⁸⁷.

Percebe-se, portanto, que a posição de garantidor prevista na alínea “b” pode nascer tanto das relações contratuais (ex: professor fazendo excursão com alunos) como das relações da vida cotidiana (ex: convidado assume a responsabilidade de levar outro, bêbado, para casa, após uma festa).

(iii) Quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

A alínea “c” traz a obrigação de evitar o resultado quando, no âmbito social, **o agente produz o perigo**, devendo, portanto, se empenhar para que o resultado danoso não ocorra.

85. Talvez uma das situações mais lamentavelmente comuns em que incide esta regra da omissão imprópria seja o estupro de vulnerável em que a vítima sofre abusos sexuais do pai ou do padrasto com o conhecimento e a omissão da mãe, a quem o crime é imputado por omissão do dever de cuidado e proteção. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que não pode incidir a causa de aumento de pena decorrente da relação de parentesco ou autoridade sobre a vítima (art. 226, inciso II, do CP), tendo em vista que a posição da mãe constitui elemento do tipo penal (ainda que por adequação típica mediata ou indireta), de modo que considerar essa condição também para elevar a pena caracterizaria *bis in idem* (dupla punição pelo mesmo fato), o que não é admitido pelo ordenamento jurídico (HC 683.176/TO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07/12/2021).

86. *Lições de Direito Penal*. Ob. cit., p. 287.

87. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 117-8.

É irrelevante que a atuação perigosa causadora do resultado seja lícita ou ilícita, culposa ou dolosa, punível ou não punível, devendo sempre o agente responder pela sua produção caso haja a incidência de uma das hipóteses legais⁸⁸.

No entanto, o campo de incidência da expressão “*conduta anterior*” faz com que seja necessária uma delimitação da situação de garante do agente, já que a aplicação indistinta do dispositivo pode trazer consequências práticas injustas e absurdas. Tomando de empréstimo o exemplo trazido por **Mirabete**⁸⁹, poderia se reivindicar, se aceita a incidência abrangente da norma, a punição por homicídio doloso do motorista que, por imprudência, atropela um transeunte e não providencia o socorro devido, ocasionando sua morte, pois, a rigor, como causador do perigo, funcionaria como garante para evitar a ocorrência do dano. Mas, para este caso, a legislação penal especial traz solução diversa, pois prevê, no artigo 302 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), uma causa de aumento para as hipóteses de homicídio na direção de veículo automotor em que o agente omite socorro à vítima (caso não tenha havido, obviamente, morte instantânea).

E conclui **Fragoso**:

“Pensamos que somente uma interpretação restritiva do artigo 13, § 2º, letra c, poderá levar a uma aplicação mais equânime da lei, evitando-se o perigo de soluções iníquas. Deve ser aplicado o dispositivo em estudo apenas quando a lei não disciplinar o fato concreto em dispositivo específico”⁹⁰.

Parece-nos que a **solução** mais indicada para a aplicação desse dispositivo é a seguinte: nos crimes dolosos omissivos impróprios, deve o agente não observar o dever de agir (com a consciência de que age assim) e com o objetivo de alcançar ou assumindo o risco de produzir o resultado criminoso que poderia ter sido impedido com a sua intervenção. Se, no entanto, o agente tem a consciência de que não observa o dever de agir, mas o resultado não era querido ou aceito (apenas previsível), deverá responder pelo crime culposos, se previsto em lei.

Em todas as hipóteses do § 2º (letras “a”, “b” e “c”) a lei pressupõe a possibilidade de ação por parte do agente. Se na situação concreta sua atuação era fisicamente impossível, não se há falar em omissão penalmente relevante. Assim, deve o agente (**A**) ter

88. Francisco de Assis Toledo, citando posicionamento de Maurach, ob. cit., p. 118. Andreas Eisele discorda, lecionando que a característica específica deste último caso [art. 13, §2º, “c”) é o fato de que tal dever somente surge como uma consequência jurídica de um ato ilícito. Portanto, a ilicitude da conduta que criou o risco é um pressuposto para a implementação da consequência jurídica consistente na obrigação de controle dos efeitos de tal risco. Por este motivo, é relevante distinguir os casos de criação do risco, dos casos em que o sujeito assume a responsabilidade de evitar o evento. Somente a criação ilícita de um risco implica o dever de intervenção ativa para evitar as consequências correspondentes. Porém, a assunção de responsabilidade de impedir o evento pode ter outras fontes, e decorrer de comportamento lícito ou ilícito, pois neste caso o risco não necessariamente é criado pelo sujeito que tem o dever de agir (ob. cit. p. 347).

89. Ob. cit., p. 94.

90. Ob. cit., p. 94.

conhecimento da situação causadora do perigo; **(B)** ter consciência de sua posição de garantidor e **(C)** ter possibilidade física de impedir a ocorrência do resultado.

Note-se, também, que o §2º do artigo 13 traz em seu bojo um rol taxativo de hipóteses em que o agente deve agir para evitar a ocorrência do resultado. Não é possível ampliá-lo para abarcar outras situações ali não previstas, por se tratar de norma incriminadora, e, por isso, vedar-se a analogia *in malam partem*.

A omissão imprópria pode decorrer de dolo ou de culpa. Dessa forma, o salva-vidas que avista o nadador se afogando e, podendo agir para evitar a morte, permanece inerte, responde por homicídio doloso. Já o salva-vidas que não percebe o nadador em perigo porque, em vez de permanecer atento, conversava com um amigo, responde por homicídio culposo. Este último caso, em que o garantidor negligencia sua atenção, é chamado de “crime de olvido”.

Noutra quadra, porquanto inadmissível a responsabilidade penal objetiva, devemos lembrar, com **Heleno Cláudio Fragoso**, que “os pressupostos de fato que configuram a posição de garantidor são elementos do tipo, devendo estar cobertos pelo dolo. O agente deve ter, assim, a consciência de sua posição de garantidor da não superveniência do resultado. O erro a tal respeito é *erro de tipo* e exclui o dolo. Se o agente omite socorro ao periclitante que vem a morrer, ignorando que se trata do próprio filho, pratica apenas omissão de socorro, e não homicídio. Todavia, o erro sobre o próprio dever de impedir o resultado, que resulta da posição de garantidor, é *erro de proibição* (erro quanto à licitude) irrelevante, porque o desconhecimento da lei é inescusável”⁹¹.

2.9.3.2.1. Crime omissivo impróprio: (in) constitucionalidade

Em que pese a quase unanimidade da doutrina trabalhar pacificamente com os crimes omissivos impróprios e a figura do garante, assuntos que também não encontram resistência na jurisprudência, temos a sempre interessante lição de **Paulo Queiroz** criticando o instituto⁹², questionando a constitucionalidade do art. 13, § 2º, do CP frente a três princípios: **legalidade, pessoalidade da pena e proporcionalidade**.

Paulo lembra que, se o princípio da legalidade implica a máxima taxatividade e precisão das mensagens do legislador e a máxima vinculação do juiz a tais mensagens, é evidente que o Código, ao se utilizar de uma cláusula geral e grandemente vaga, que equipara ação à omissão, não atende a tal exigência político-criminal e se revela claramente antigarantista. O legislador, na visão do crítico, teria se limitado a estabelecer os pressupostos gerais do dever de agir e de impedir o resultado, mas nada esclareceu quanto ao seu conteúdo, remetendo, ainda, a complementação do seu significado (lei penal em branco) a uma outra lei, a um contrato ou uma situação concreta de criação de risco, em geral, ainda mais imprecisos e indeterminados, de sorte que fixar os limites da posição de garante é especialmente problemático.

91. *Lições de Direito Penal*. Ob. cit., p. 289.

92. Ob. cit., p. 250.

Na sua concepção, a omissão imprópria implica, de ordinário, ainda que sutilmente, violação do princípio da pessoalidade da pena, sobretudo naquelas hipóteses em que se pretende imputar ao omitente uma ação de outrem ou um evento puramente natural, a justificar ou a sua abolição pura e simples ou a sua completa reformulação. Exemplifica: quando se pretende que o salva-vidas responda pela morte do banhista que se afoga, que o médico responda pela morte do paciente que lhe implorava socorro, que a mãe responda por maus-tratos do companheiro contra filho menor de 18 anos de idade etc., está-se, em realidade, em todos estes casos, a imputar ao *garante* (salva-vidas, médico, mãe) fato de exclusiva responsabilidade de terceiro ou puramente causal; sendo, pois, ilegítima a imputação do resultado a pessoa que não o próprio autor da ação.

Paulo Queiroz termina alertando que a pena que se pretende irrogar ao omitente é francamente desproporcional e também ofensiva ao princípio da igualdade, na medida que se equipara, sem mais, a simples omissão à ação, comportamentos cuja significação ética e social é muito distinta, em franca contradição, aliás, com o caráter subsidiário do direito penal, pois bem mais razoável seria que o *garante* respondesse por omissão própria ou crime algum, sem prejuízo, evidentemente, das consequências extrapenais de seu ato: demissão do salva-vidas, suspensão ou cassação da licença para o exercício da medicina, perda do pátrio poder por parte da mãe etc., conforme o caso.

2.9.3.3. *Crime de conduta mista*

É possível o crime de conduta mista ou híbrida. Trata-se de **tipo penal composto de ação seguida de omissão**. A norma exige do sujeito ativo dois comportamentos: um comissivo (precedente) e outro omissivo (subsequente).

Exemplos:

a) quem acha coisa alheia perdida **e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la** ao dono ou legítimo possuidor **ou de entregá-la** à autoridade competente, dentro do prazo de 15 (quinze) dias (art. 169, parágrafo único, II, do CP).

Como se pode notar, o crime de apropriação de coisa achada pode ser dividido em dois momentos: num primeiro, em que o agente pratica conduta comissiva (ato de se apropriar de coisa alheia perdida) e num segundo, em que sua conduta é omissiva (deixar de restituir a coisa achada, ou deixar de entregá-la à autoridade competente).

b) decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la (art. 36 da Lei 13.869/19).

Percebemos dois momentos na execução do crime:

1º) o magistrado decreta, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte. Perguntamos: o que se entende por exacerbadamente? A norma, nesse tanto, não parece certa, mas de difícil compreensão, ferindo, consequentemente, o

princípio da taxatividade. De nada vale a observância da anterioridade da lei se esta não estiver dotada da clareza necessária, de modo a permitir reduzir o grau de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.

2º) o magistrado deixa de corrigir ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida. Logo, não é a decretação da indisponibilidade em valor excessivo que, por si só, caracteriza o crime, mas a recusa em corrigir o abuso diante do alerta do executado.

Temos, em resumo, uma ação (decretar) seguida de uma omissão (deixar de corrigir).

3. RESULTADO

Da conduta (ação ou omissão sem a qual não há crime) podem advir dois resultados: **naturalístico** (presente em determinadas infrações) e **normativo** (indispensável em qualquer delito). Vejamos.

Resultado **naturalístico** se dá com a modificação no mundo exterior (perceptível pelos sentidos) provocada pelo comportamento do agente. Não são todos os crimes, no entanto, que possuem resultado naturalístico, havendo aqueles em que sua ocorrência é dispensável⁹³.

De acordo com a exigência ou não da modificação exterior pela prática do crime, as infrações penais se dividem em material, formal e de mera conduta.

São **crimes materiais** aqueles em que o tipo penal descreve conduta e resultado naturalístico (necessária modificação no mundo exterior), sendo indispensável a sua ocorrência para haver consumação. A conduta e o resultado são cronologicamente separados. É o que ocorre, por exemplo, com o homicídio (art. 121 do CP).

Nos **crimes formais** (ou de consumação antecipada), apesar de o tipo penal também descrever conduta e resultado naturalístico, este é dispensável para a consumação. Com a prática da conduta o crime está perfeito. A modificação no mundo exterior, no caso, serve como exaurimento da infração, podendo interferir na quantidade da pena. Como exemplos, podemos citar os crimes de ameaça (art. 147 do CP) e de extorsão (art. 158, CP⁹⁴).

Os **crimes de mera conduta**, por sua vez, são aqueles em que o tipo penal descreve apenas a conduta delituosa, sem sequer mencionar resultado naturalístico. Pune-se aqui pela simples atividade, como, por exemplo, na violação de domicílio (art. 150, CP).

93. Note-se que nem todas as alterações exteriores provocadas pela conduta são resultados do crime, sendo assim considerados somente aqueles previstos no tipo penal. Desse modo, resultado naturalístico do furto será a subtração do objeto pertencente à vítima, como um veículo, por exemplo, e não os transtornos que a falta desse objeto possa causar, como a dificuldade de locomoção. Será essa uma consequência do crime, que, todavia, não deverá ser tida como um indiferente penal, já que o juiz deverá analisá-la no momento da dosimetria da pena, por expressa previsão do artigo 59 do Código Penal.

94. STJ. Súmula nº 96. *O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.*

Note-se que, embora pequena parcela da doutrina encontre dificuldade em se apurar a diferença entre o crime formal e o de mera conduta, entendemos improvável a confusão: no primeiro (formal), como já dito, o resultado naturalístico é previsto, mas a lei se contenta com a prática da conduta, sem alteração do mundo exterior (daí falar-se em *consumação antecipada*); no segundo (mera conduta), a lei sequer menciona a existência do resultado naturalístico e se contenta, de igual forma, com o comportamento do agente.

Crime	Descrição do tipo penal	Importância do resultado à consumação	Exemplo
Crime Material	O tipo penal descreve conduta mais resultado naturalístico.	O resultado é indispensável à consumação.	Homicídio
Crime Formal ou de Consumação Antecipada	O tipo penal também descreve conduta mais resultado naturalístico.	O resultado naturalístico é dispensável , pois a consumação ocorre com a conduta. Obs: se, apesar de dispensável, ocorrer o resultado naturalístico, há exaurimento do crime (que é considerado na fixação da pena).	Extorsão mediante sequestro (o crime se consuma com a privação da liberdade, não com a obtenção da vantagem indevida)
Crime de Mera Conduta ou Atividade	O tipo penal descreve apenas a conduta.	Não há resultado naturalístico.	Omissão de socorro

Já o resultado normativo (ou jurídico) aparece como sendo a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Sob essa ótica, **todo crime (material, formal ou de mera conduta) possui resultado**, ainda que não provoque alteração material exterior, vez que se parte do pressuposto de que o fundamento para a tipificação da conduta é a lesão ou perigo de lesão ao interesse penalmente tutelado.

Quanto ao resultado normativo, os delitos classificam-se em: de dano (ou de lesão) e de perigo.

Crime de dano existe quando a sua consumação exige efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, como no homicídio (art. 121 do CP).

Será de **perigo** quando a consumação se contenta com a exposição do bem jurídico a uma situação de perigo. Em determinadas hipóteses, o perigo advindo da conduta é absolutamente presumido por lei (**crime de perigo abstrato**), devendo ser lembrado, a título de exemplo, o tráfico de drogas. A conduta do traficante é crime, dispensando efetivo dano à saúde pública, bastando o perigo, que é presumido por lei (se o Promotor de Justiça comprovar que o agente praticou o verbo nuclear do tipo, a lei presume que seu comportamento é perigoso para a coletividade)⁹⁵.

95. Temos respeitável corrente doutrinária que nega a existência dos crimes de perigo abstrato, acreditando ofenderem princípios constitucionais. Dentre os críticos, **Paulo de Souza Queiroz** assinala:

O crime de perigo será **concreto** quando o legislador exige prova do risco ameaçando bem jurídico de alguém (delito de perigo concreto **determinado**) ou da coletividade, dispensando, nesse caso, vítima certa e determinada (delito de perigo concreto **indeterminado**). Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria (art. 134 do CP) é exemplo de delito de perigo concreto determinado.

Deve ficar comprovado que a conduta do agente gerou efetivo perigo para o recém-nascido. Já o delito de condução inabilitada de veículo automotor (art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro) é de perigo concreto indeterminado, pois o perigo não precisa ser dirigido, bastando prova de que a condução do veículo rebaixou o nível de segurança viário, gerando risco para a coletividade. Assim, se o motorista inabilitado for surpreendido conduzindo de forma anormal seu automóvel, temos crime; se apesar de inabilitado o conduzir dentro das regras de segurança, caracteriza mera infração administrativa.

☑ **Qual resultado (naturalístico ou normativo) integra o crime?**

Para uma primeira corrente, é o naturalístico. Logo, os quatro elementos do fato típico irão se reunir apenas nos crimes materiais, pois só estes provocam indispensável modificação no mundo exterior, e, conseqüentemente, somente neles haverá a relação de causalidade entre a conduta e o resultado. Nesta linha de raciocínio, os crimes formais e os de mera conduta seriam dotados apenas de conduta e de tipicidade⁹⁶.

Para outra, é o normativo. Dispondo o artigo 13 do Código Penal que a existência do crime depende da ocorrência do resultado, deve-se compreendê-lo não sob aspecto puramente naturalístico, mas principalmente jurídico. Logo, o resultado deve ser entendido como a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, como forma de harmonizar o texto do artigo 13 com os tipos penais que não exigem a ocorrência de resultado naturalístico⁹⁷.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina bem resumem a controvérsia:

“Há crime sem resultado? Para a teoria naturalística sim (os crimes formais e os de mera conduta não exigem resultado naturalístico).

“Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo” (ob. cit. p. 121). O STF, no entanto, admitiu a criação de delito de perigo presumido, meio eficiente de o Estado proteger certos interesses: “Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbot), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Überrassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Unterrassverbote) (...) A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal” (HC 104.410/RS).

96. Flávio Monteiro de Barros (ob. cit., p. 146/147), Fernando Capez (ob. cit., p. 103), Rogério Greco (ob. cit., p. 235-7), Francisco de Assis Toledo, para quem a teoria da causalidade somente tem aplicação nos delitos materiais (ob. cit., p. 113-4).

97. Mirabete (Ob. cit., p. 97).

Para a teoria jurídica ou normativa não (inexiste crime sem ofensa ao bem jurídico protegido – *nullum crimen sine injuria*). Somos partidários da segunda teoria, ou seja, partimos da premissa que jamais existe delito sem essa ofensa ao bem jurídico (ou seja: sem resultado jurídico desvalioso). Logo, para nós, não há crime sem resultado jurídico. Essa postura dogmática, diga-se de passagem, é a que mais coaduna com o disposto no art. 13 do CP, que diz: ‘O resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa’. Pela própria literalidade do citado diploma legal nota-se que não há crime sem resultado (jurídico).

A clássica doutrina penal que se contentava (só) com o resultado naturalístico para a existência da tipicidade já não pode prosperar. Era uma doutrina que não distinguia entre causação e imputação do delito ou mesmo entre causação e valoração (desaprovação). Só via o lado ôntico ou naturalístico (formal), não cuidava das questões atinentes à desaprovação ou imputação do fato ao seu agente (como obra dele). Preocupou-se exageradamente com a tipicidade formal, esquecendo-se da material. Atentou-se para o aspecto valorativo da norma, mas não atinou para o seu aspecto valorativo, que contempla a tutela do bem jurídico⁹⁸.

Vamos antepor as duas correntes, analisando a estrutura desse elemento do conceito analítico de crime através do quadro abaixo.

	1ª Corrente		2ª Corrente	
Entende que o resultado que integra o fato típico é o	Naturalístico		Normativo	
Consequências	É necessário separar os elementos do fato típico para os crimes materiais e não materiais:		Influenciada pelo funcionalismo, essa corrente, mais moderna, entende que:	
	(A) Crimes materiais: o fato típico tem 4 elementos:	(B) Crimes não-materiais: o fato típico tem só 2 elementos:	(A) Para a tipicidade formal interessa o resultado naturalístico .	(B) Todavia, no momento de se analisar a tipicidade material , observa-se o resultado normativo .
	– conduta; – resultado; – nexos; e – tipicidade.	– conduta; e – tipicidade. (os crimes formais e mera conduta dispensam o resultado naturalístico).	– O fato típico será sempre composto de: conduta, nexos, tipicidade e resultado (todo crime sempre tem resultado normativo).	

98. Ob. cit. vol. 2, p. 186.

4. NEXO CAUSAL

4.1. Conceito

Nexo causal é o **vínculo** entre conduta e resultado, ou, na precisa lição de Bento de Faria, é a “relação de produção entre a causa eficiente e o efeito ocasionado, pouco importando seja *mediato* ou *imediato*”⁹⁹.

O estudo da causalidade busca aferir se o resultado pode ser atribuído, objetivamente, ao sujeito ativo como obra do seu comportamento típico¹⁰⁰.

Se alguém mata outra pessoa a tiros de revólver, é claro que, objetivamente, a morte da vítima proveio daquela conduta, de modo que se insere na sua esfera causal. É o primeiro passo da imputação penal.

A relação de causalidade encontra previsão, no nosso ordenamento jurídico, no artigo 13, *caput*, do Código Penal, que dispõe:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Adotou-se, no caso, a **teoria da equivalência dos antecedentes causais** (teoria da equivalência das condições, teoria da condição simples, teoria da condição generalizadora ou da ***conditio sine qua non***), atribuída a Maximilian von Buri e Stuart Mill, que a teriam desenvolvido no ano de 1873¹⁰¹. Em resumo, para esta teoria, todo fato sem o qual o resultado não teria ocorrido é causa.

Sabendo que antecedendo um resultado temos inúmeros fatos, como saber quais são ou não causas do evento? Deve-se somar à teoria da *conditio sine qua non* o **método** ou **teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais**. Idealizado pelo professor sueco Thyrén, em 1894, este método é empregado no campo mental da suposição ou da cogitação: causa é todo fato que, suprimido mentalmente, faria com que o resultado não ocorresse como ocorreu ou no momento em que ocorreu.

Com a ajuda de um exemplo, enxergaremos a aplicação prática das teorias acima: Fulano prepara a morte do pai, Beltrano, movido pela ganância de receber a polpuda herança. Para tanto, convida Beltrano para um café. Enquanto espera seu pai chegar, acende um charuto. Logo aparece Beltrano. Durante a conversa, Fulano serve um café com um pedaço de bolo com veneno misturado. Seu pai se delicia, sem perceber que o bolo que ingeria estava envenenado. Minutos depois, vem a falecer. Do lamentável e repugnante histórico de

99. Ob. cit., p. 150-1.

100. Flávio Monteiro de Barros ensina que “o problema da causalidade não se estende a todos os delitos, porquanto o nexo causal só funciona como elemento do fato típico em relação aos crimes materiais consumados” (ob. cit. p. 171). Veremos, porém, que na moderna visão da teoria da imputação objetiva, todos os crimes (materiais, formais ou de mera conduta, consumados ou tentados) devem apresentar nexo normativo.

101. Juarez Tavares, entretanto, imputa sua criação a Julius Glaser, processualista austríaco que a teria formulado em 1858. (*Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 257).

parricídio (homicídio do pai), podemos enxergar imediatamente, fatos que antecederam a morte da vítima: o agente (A) comprou veneno, (B) comprou um bolo, (C) misturou bolo e veneno, (D) fumou um charuto e, por fim, (E) serviu o bolo para a vítima, que morreu.

1	2	3	4	5	6
Compra veneno	Compra bolo	Mistura bolo + veneno	Fumar charuto	Serve bolo para a vítima	Resultado Morte

Quais desses fatos são considerados causas?

Aplicando-se o método hipotético de eliminação, teríamos:

Se eliminarmos mentalmente	O resultado	Conclusão
A compra do veneno	não ocorreria como ocorreu	(A) é causa
A compra do bolo	não ocorreria como ocorreu	(B) é causa
A mistura do bolo com o veneno	não ocorreria como ocorreu	(C) é causa
O ato de fumar um charuto enquanto espera a vítima	ocorreria do mesmo modo	(D) não é causa
O ato de comer o bolo	não ocorreria como ocorreu	(E) é causa

Em síntese, a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes causais requer a sua conjugação com a teoria da eliminação hipotética. Conjugando as duas teorias, chega-se à denominada **causalidade objetiva** ou **efetiva** do resultado.

No exemplo acima, limitamos a identificação do que foi determinante para o resultado, porém é sabido que o intérprete, no dia a dia, estará diante de um sem-número de antecedentes causais. A fabricação do veneno e do fermento utilizados na confecção do bolo, por exemplo, são comportamentos contidos na linha de desdobramento causal e, portanto, devem ser interpretados como causa.

Percebe-se, assim, que a causalidade objetiva (mera relação de causa e efeito), para a teoria da equivalência, tende ao **regresso ao infinito**, sendo objeto de críticas e objeções. No entanto, já alertamos quando do estudo dos princípios, que a responsabilidade penal pelo evento só pode ser subjetiva, não se esgotando na simples relação de causa e efeito que une conduta e resultado, dependendo também da causalidade psíquica (dolo ou culpa).

Conclusão: a causalidade objetiva não é suficiente para se chegar à **imputação do crime**, de modo que, dentro da perspectiva do **finalismo**, é indispensável perquirir a **causalidade psíquica**, indagando-se se o agente agiu com **dolo** ou **culpa** para a produção do resultado delituoso. No nosso fantasioso exemplo, a confeitadeira que fez o bolo, por não ter agido com dolo ou culpa em relação ao evento morte, não pode ser considerada responsabilizada penalmente pelo crime¹⁰².

102. Veremos nas páginas seguintes que a **teoria da imputação objetiva** foi criada para, efetivamente, impedir o *regressus ad infinitum*, consequência inevitável da teoria da *conditio sine qua non*. Percebam que o finalismo, apesar de filtrar a responsabilidade penal com a causalidade psíquica, não evita, sob o ângulo da causalidade objetiva, seu regresso a comportamentos distantes do evento. Mesmo com a causalidade psíquica, a confeitadeira continua sendo causa (objetiva), apesar de irresponsável por

	Identificação da causa do crime	Identificação da causa efetiva/determinante	Identificação do elemento subjetivo
Fundamento	Teoria da equivalência dos antecedentes causais (Von Buri)	Teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais (Thyrén)	Causalidade psíquica (dolo ou culpa)
Resultado	Causa é todo antecedente sem o qual o resultado não teria ocorrido como ocorreu	Causalidade objetiva (é criticado, pois não impede o regresso ao infinito)	Imputação do resultado (responsabilidade penal pelo fato voluntariamente praticado)

4.2. Concausas

O assunto nexos causal ganha ainda mais importância quando se verifica que o resultado não é efeito de um só comportamento, representando produto final de uma associação de fatores, entre os quais a conduta do agente aparece como seu principal (mas não único) elemento desencadeante. Observa **Fernando de Almeida Pedroso**:

“Ganha a relação de causalidade conotação complexa, portanto, quando houver uma constelação de componentes que condicionam a produção do resultado, uma diversidade de combinações na sua dinâmica”¹⁰³.

Assim, identificados quais antecedentes podem figurar como **causa** dentro de uma linha de eventos que se sucedem, nota-se que, no caso concreto, é possível que haja mais de uma causa concorrendo para o resultado (**concausas**).

Mesmo nas concausas o estudo é feito, em regra, à luz da teoria da equivalência dos antecedentes causais, conjugada com o método da eliminação hipotética.

Imagine-se que JOÃO, com intenção de matar, efetue disparos de arma de fogo contra ANTONIO, que, momentos antes, havia sido envenenado por sua esposa. Após a morte de ANTONIO, a perícia apura que o veneno foi o responsável pelo óbito.

Na situação trazida, duas causas concorrem para o evento. Entretanto, eliminando-se a conduta de JOÃO, concluímos que o resultado (morte de ANTONIO) ocorreria do mesmo modo. Logo, JOÃO não pode responder pela morte, sendo punido, contudo, por tentativa.

São **duas** espécies de concausas:

(A) Concausas absolutamente independentes

Nessa espécie, a causa efetiva do resultado não se origina, direta ou indiretamente, do comportamento concorrente, paralelo, podendo ser preexistente, concomitante e superveniente.

ausência de dolo e culpa. Para evitar, de fato, o regresso ao infinito, não importando o ângulo de análise, a teoria da imputação objetiva, no estudo da causalidade objetiva, não se contenta com o nexos físico (relação de causa/efeito), acrescentando um nexos normativo composto de: a) criação ou incremento de um risco proibido, b) a realização do risco no resultado, c) e resultado dentro do alcance do tipo. A confeitadora, para esta teoria, não criando risco proibido, sequer é vista causa do resultado.

103. Ob. cit. p 195.

(i) **Preexistente:** a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) antecede o comportamento concorrente.

Exemplo: MARIA, por volta das 20h, serve, insidiosamente, veneno para JOÃO, seu marido. Uma hora depois, JOÃO é atingido por um disparo efetuado por ANTONIO, seu desafeto. Socorrida, a vítima morre na madrugada do dia seguinte em razão dos efeitos do veneno. A pessoa que envenenou responde pelo homicídio consumado, sem dúvida. Já o atirador não foi causa do resultado. Eliminando-se seu comportamento, a vítima morreria envenenada do mesmo modo. Deve responder por tentativa de homicídio.

(ii) **Concomitante:** a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) é simultânea ao comportamento concorrente.

Exemplo: MARIA, por volta das 20h, serve, insidiosamente, veneno para seu marido. Na mesma hora, coincidentemente, a vítima é alvo de um disparo efetuado por ANTONIO, seu desafeto, vindo a morrer. ANTONIO responde por homicídio consumado. A esposa, que ministrou o veneno, responde por tentativa de homicídio. É que, eliminando-se seu comportamento, a morte de JOÃO ocorreria como ocorreu.

(iii) **Superveniente:** a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) é posterior ao comportamento concorrente.

Exemplo: MARIA, por volta das 20h, serve, insidiosamente, veneno para seu marido. Antes mesmo de o veneno fazer efeito, cai um lustre na cabeça de JOÃO que descansava na sala, causando sua morte por traumatismo craniano. MARIA responde por tentativa de homicídio, pois, eliminando seu comportamento do processo causal, a morte de JOÃO ocorreria do mesmo modo.

Conclusão: em se tratando de concausa absolutamente independente, não importa a espécie (preexistente, concomitante ou superveniente), o comportamento paralelo será sempre punido na forma tentada.

Causas absolutamente independentes		
Espécie	Exemplo	Responsabilização
Preexistente	"A" atira em "B", que antes já havia sido envenenado por "C", morrendo em razão do envenenamento.	A morte de "B", em todos os exemplos, ocorreria como ocorreu independentemente da conduta de "A". "C" será punido por homicídio consumado. "A" responde por tentativa de homicídio.
Concomitante	Enquanto "A" envenena a vítima "B", o matador de aluguel "C" entra no local e atira contra "B", que morre em razão dos disparos da arma de fogo.	
Superveniente	Depois de "A" envenenar "B", "B" é vítima de um disparo praticado por "C", que tira a vida da vítima.	—

(B) Concausas relativamente independentes

Agora, a causa efetiva do resultado se origina, ainda que indiretamente, do comportamento concorrente. Em outras palavras, as causas se conjugam para produzir o evento final. Isoladamente consideradas, não seriam capazes de ocasionar o resultado.

Também se classificam em preexistente, concomitante e superveniente.

(i) **Preexistente:** a causa efetiva (elemento propulsor que se conjugua para produzir o resultado) é anterior à causa concorrente.

Exemplo: JOÃO, portador de hemofilia, é vítima de um golpe de faca executado por ANTONIO. O ataque para matar, isoladamente, em razão da sede e natureza da lesão, não geraria a morte da vítima que, entretanto, tendo dificuldade de estancar o sangue dos ferimentos, acaba morrendo. ANTONIO, responsável pelo ataque (com intenção de matar), responderá por homicídio consumado. Eliminando seu comportamento do processo causal, JOÃO não morreria¹⁰⁴.

(ii) **Concomitante:** a causa efetiva (elemento propulsor que se conjugua para produzir o resultado) ocorre simultaneamente à causa concorrente.

Exemplo: ANTONIO, com intenção de matar, atira em JOÃO, mas não atinge o alvo. A vítima, entretanto, assustando, tem um colapso cardíaco e morre. ANTONIO responderá por homicídio consumado, pois se não tivesse atirado, a vítima não sofreria a violenta perturbação emocional que gerou o colapso cardíaco.

Percebam que até este momento, as análises dos vários casos são feitas utilizando-se a causalidade simples (art. 13, *caput* do CP) e o resultado é imputado ao agente de acordo com o seu dolo. O contexto muda nas concausas relativamente independentes supervenientes, como veremos.

(iii) **Superveniente:** a causa efetiva (elemento propulsor que se soma para a produção do resultado) acontece após a causa concorrente. Está prevista no artigo 13, §1º, do Código Penal:

“A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Estudamos até agora que o art. 13, *caput*, do Código Penal adotou a **causalidade simples**. O artigo 13, § 1º, por sua vez, anuncia a **causalidade adequada** (ou teoria da condição qualificada ou individualizadora), preconizada por Von Kries. Considera causa a pessoa, fato ou circunstância que, além de praticar um antecedente indispensável à produção do resultado, realize uma atividade adequada à sua concretização. Na determinação da causalidade adequada, o que importa é se há um nexo normal prendendo o atuar do agente como causa ao resultado como efeito.

104. Para evitar a responsabilidade objetiva, o Direito Penal moderno corrige a conclusão a que se chega no exemplo acima, de maneira que somente seria possível imputar o homicídio consumado ao agente caso ele soubesse da condição de saúde da vítima. Do contrário, haveria tentativa de homicídio.

O problema se resume, então, em assentar se, conforme o demonstra a experiência da vida, o fato conduz normalmente a um resultado dessa índole; se esse resultado é consequência normal, provável, previsível daquela manifestação de vontade do agente. O fundamento desse juízo é um dado estatístico, é um critério de probabilidade¹⁰⁵.

É possível reconhecer duas hipóteses envolvendo concausa relativamente independente: a causa efetiva que **não por si só** e a que **por si só** produziu o resultado.

Na primeira (**não por si só**), a causa efetiva (superveniente) encontra-se na mesma **linha de desdobramento causal** (normal) da causa concorrente, tratando-se de **evento previsível** (ainda que não previsto).

Exemplo: JOÃO é vítima de um disparo de arma de fogo efetuado por ANTONIO, que age com intenção de matar. Levado ao hospital, JOÃO morre em decorrência de erro médico durante a cirurgia. O atirador (que tinha intenção de matar) responderá por homicídio consumado¹⁰⁶. O médico, conforme o caso, homicídio culposo. Percebemos que existe um nexo normal prendendo o atuar do atirador ao resultado morte por erro do médico que socorre a vítima. De acordo com a experiência da vida, é provável que do fato ocorra um resultado dessa índole. O resultado é consequência normal, provável, previsível da manifestação de vontade do agente.

Na concausa relativamente independente superveniente **que por si só** produz o resultado a conclusão é outra.

Trata-se das hipóteses em que a causa efetiva do resultado é considerada um **evento imprevisível**, que sai da **linha de desdobramento causal** então existente. Afirma Heleno Cláudio Fragoso que, nesses casos, se “inaugura um novo curso causal, dando ao acontecimento uma nova direção, com tal relevância (em relação ao resultado), que é como se o tivesse causado sozinha”¹⁰⁷. Por consequência, exclui-se a imputação do resultado em relação ao agente responsável pela primeira causa concorrente.

Exemplo: ANTONIO, com vontade de matar, desfere um tiro em JOÃO, que segue em uma ambulância até o hospital. Quando está convalescendo, todavia, o nosocômio pega fogo, matando o paciente queimado. ANTONIO responderá por tentativa, estando o incêndio no hospital fora da linha de desdobramento causal de um tiro e, portanto, imprevisível¹⁰⁸. Não existe um nexo normal prendendo o atuar do atirador ao resultado

105. Ob. cit., p. 325-326.

106. A doutrina majoritária entende o erro médico como causa que se encontra na mesma linha de desdobramento causal. De igual modo interpretam a morte decorrente de infecção hospitalar, de broncopneumonia e da omissão no atendimento no hospital.

107. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 197.

108. Aníbal Bruno, ao tratar do tema, enriquece com exemplos. Diz o autor: “Mais complexo é o caso em que nova condição, conduzindo, embora ao resultado por um desvio do curso causal, se insere na linha de causalidade provocada pelo agente – como ocorre nos seguintes exemplos clássicos: o ferido vem a morrer, não por força dos ferimentos, mas pelo acidente de trânsito na ambulância que o transporta ao posto de assistência, ou no incêndio que consome o hospital a que se recolhera em tratamento, ou intoxicado por ação de uma droga, que, por engano, lhe administrou a enfermeira” (Ob. cit., p. 332).

morte por queimaduras. De acordo com a experiência da vida, é improvável que do fato ocorra um resultado dessa índole. O resultado é consequência anormal, improvável, imprevisível da manifestação de vontade do agente.

Em síntese:

Causas relativamente independentes			
Espécie	Exemplo		Responsabilização
Preexistente	"A" atira para matar "B", atingindo seu pé. Contudo, "B", por ser hemofílico, morre em razão da hemorragia.		O agente responde pelo resultado causado. "A" responde por homicídio consumado.
Concomitante	"A", com intenção de matar, atira em "B", mas não atinge o alvo. A vítima, entretanto, assustando, tem um colapso cardíaco e morre.		
Superveniente	Que não por si só produz o resultado	"A" atira em "B" que é levado ao hospital e morre em decorrência de erro médico.	
	Que por si só produz o resultado	"A" atira em "B" que morre no hospital por conta de incêndio que assolou o local.	"A" responde pelo seu dolo e não pelo resultado (novo curso causal) "A" responde por tentativa de homicídio.

4.3. A teoria da imputação objetiva¹⁰⁹

Desenvolvida por **Karl Larenz** (1927) e **Richard Honig** (1930) – e atualmente reapresentada por **Claus Roxin** e **Günther Jakobs** –, a teoria da **imputação objetiva**, apesar do que sugere sua denominação, não se propõe a atribuir objetivamente o resultado ao agente¹¹⁰, mas justamente delimitar essa imputação, evitando o regresso ao infinito gerado

109. A doutrina não é pacífica acerca da **natureza jurídica** da imputação objetiva, sendo que, para alguns, sua incidência acarreta a exclusão da tipicidade, e, para outros, exclui a antijuridicidade. Flávio Monteiro de Barros entende que, por se tratar de matéria afeta à causalidade, não havendo imputação objetiva, o próprio nexos causal é excluído, e, conseqüentemente, torna-se atípica a conduta, em razão da inexistência de um dos elementos do fato típico (ob. cit., p. 159).

110. Como ensina Santiago Mir Puig, "A imputação objetiva, a imputação subjetiva e a imputação individual ou pessoal são três níveis necessários para que seja possível a completa imputação a um autor culpado. Imputar o delito em sua totalidade significa "culpar" alguém como seu autor. Os três níveis indicados de imputação (objetiva, subjetiva e pessoal) constituem exigências do *princípio de culpabilidade*,³⁵ entendido no sentido amplo que permite e aconselha este termo para servir de fundamento a todas as exigências que entram na proibição de castigar a um inocente (não culpado) num Estado Social e Democrático de Direito garantidor da dignidade humana: o princípio de personalidade das penas, que impede fazer responsável ao sujeito por delitos alheios (e que se corresponde com a exigência processual de necessidade de rebater a presunção de inocência mediante a prova de que o sujeito realizou materialmente o fato), o princípio de responsabilidade pelo fato, que expulsa a "culpabilidade pelo caráter" e o chamado "Direito Penal de autor", o princípio de dolo ou culpa e o princípio de imputação pessoal.³⁶ A imputação objetiva acrescenta outro aspecto ao princípio da culpabilidade ao exigir para todo delito, também para os dolosos, a classe de relação de risco entre o resultado típico e a conduta do sujeito que requer a imprudência nos delitos culposos, e oferece critérios que ajudam a delimitar

pela causalidade simples (teoria da equivalência dos antecedentes causais) e aprimorando a causalidade adequada (da qual se aproxima sem com ela se confundir). **Fernando Capez**, com base na lição de **Jakobs** e **Jescheck**, explica:

“Observa **Günther Jakobs** que a aplicação da teoria causal leva a conduta até Adão, Eva e a serpente do paraíso (Gênesis, Capítulo 3), pois se o primeiro não tivesse mordido o fruto proibido, nada teria acontecido. A cadeia infinita antecedente causal só não leva à responsabilização de todos, em face da ausência de nexos psíquico (exclusão de dolo e culpa), imprescindível para a infração penal. Desse modo, os pais só não respondem pelo crime cometido pelo filho, porque não atuaram com dolo ou culpa em relação ao resultado. Nexos causal, porém, existiu porque, se não fossem os pais, não haveria o filho, e, se ele não existisse, não teria cometido o crime; logo, os genitores concorreram, pelo menos do ponto de vista causal-naturalístico, para a ocorrência do ilícito”¹¹¹.

Como forma de corrigir essa injustiça, a imputação objetiva determina que sejam considerados além do nexo físico (causa/efeito) também critérios normativos no momento da atribuição do resultado, pois, de acordo com a causalidade vigente, situações absurdas proporcionadas pela *conditio sine qua non* (e, não raras vezes, pela causalidade adequada) somente eram evitadas em razão da análise do dolo e da culpa.

Responsabilidade Penal		
Causalidade	Causalidade simples (FINALISMO)	Causalidade na Teoria da imputação objetiva
Conteúdo	Teoria da equivalência + teoria da eliminação	Teoria da imputação objetiva
Causalidade objetiva Gera a imputação objetiva do resultado	Existe causa quando há nexo físico : mera relação de causa e efeito (isso leva o regresso ao infinito).	Para haver causa, não basta o nexo físico , sendo imprescindível o nexo normativo . Limita a própria causalidade objetiva.
Causalidade psíquica Gera a imputação subjetiva do resultado	Análise de dolo e culpa	Análise de dolo e culpa

Como bem sintetiza Luís Greco, a análise do tipo, para a “doutrina da primeira metade do século XX” (doutrina clássica), leva em conta somente o desvalor do resultado. Os finalistas, por sua vez, incrementam a percepção do tipo ao analisar também o desvalor da ação, muito embora este desvalor estivesse restrito à finalidade. O que diferencia a teoria da imputação objetiva é que ela tem o mérito de complementar ambas as dimensões de desvalor com novos aspectos.

melhor esta relação de risco” (Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Significado e alcance da imputação objetiva em Direito Penal*. RT. vol. 2. p. 1379/1403. Out/2010).

111. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159.

O desvalor da ação, até então subjetivo, mera finalidade, adquire uma face objetiva: **a criação (ou incremento) de um risco juridicamente proibido**. Somente ações intolavelmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Ao desvalor do resultado também se soma uma nova percepção: nem toda causação de lesão a bem jurídico referida a uma finalidade é desvalorada; apenas o será a causação em que haja a **realização, no resultado, do risco criado pelo autor**¹¹².

Em síntese, a **criação ou incremento de um risco proibido** e a **realização do risco no resultado**, além da exigência de que **esse resultado fique dentro do alcance do tipo** compõem o **nexo normativo**, elemento que enriquece o estudo da causalidade corrigindo as distorções geradas pela teoria da equivalência. A análise deste nexo **antecede** a indagação sobre dolo e culpa, isto é, verifica se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser atribuído ao agente, antes mesmo de pesquisar o elemento subjetivo.

Teoria da imputação objetiva		
Nexo normativo		
Criação ou incremento de um risco proibido	Realização do risco no resultado	Resultado se encontra dentro do alcance do tipo

Já estudamos que, para a **teoria da equivalência**, a mãe do homicida, do ponto de vista da causalidade objetiva, **é causa** da morte da vítima (sem ela, o homicida não seria gerado), somente não respondendo pelo resultado por ausência de dolo e culpa (evitando-se responsabilidade penal objetiva). A análise feita pela **teoria da imputação objetiva** é diferente: apesar de haver nexo físico, o comportamento da mãe (gerar um filho) não tem nexo normativo, isto é, **sequer é causa**, dispensando, portanto, pesquisa sobre dolo e culpa.

4.3.1. Criação ou incremento de um risco proibido

Para ser imputado (atribuído a alguém), o resultado deve ser efeito de um risco proibido criado ou incrementado pelo agente¹¹³. Comportamentos de riscos aceitos socialmente porque decorrem da própria lógica da convivência em sociedade não são rotulados como causa. É dentro dessa perspectiva que leciona **Günther Jakobs**:

112. GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11-13.

113. Tem sido tema de debate na doutrina a criação e o incremento de um risco como critério de análise do erro médico. Já tivemos a oportunidade de diferenciar a conduta em que o agente atua com imperícia, isto é, sem preparo técnico, daquela em que incorre em erro profissional, o qual não decorre de inaptidão, mas da falibilidade da ciência. Pois bem, nesta última situação, tem-se que, estando o paciente devidamente informado acerca dos riscos a que será submetido, apesar dos esforços e da habilidade do médico para que tudo ocorra de forma a propiciar a cura, não há, por parte do profissional, a criação ou o incremento de um risco proibido. Se o médico, devidamente habilitado, põe-se a realizar um procedimento que, não obstante arriscado e mais inseguro do que aqueles a que a medicina normalmente recorre, se revela a única possibilidade de cura, não cria nem incrementa um risco proibido, sendo permitido por ser a forma viável de tratamento. É necessário, no entanto, que o consentimento do paciente seja decorrente de informação fiel a respeito do risco a que estará exposto, ou seja, é desfo

“Qualquer *contato social* implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé: por meio de um aperto de mãos pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção; no tráfego viário pode produzir-se um acidente que, ao menos enquanto exista tráfego, seja inevitável; [...] Posto que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como *risco permitido*”¹¹⁴⁻¹¹⁵.

Imaginemos um acidente de trânsito causado por motorista embriagado. A responsabilidade do motorista é certa, seja para a teoria tradicional do nexo, seja para a imputação objetiva. Vamos, no entanto, analisar o evento sob o ângulo do fabricante do automóvel:

Teoria Tradicional	Teoria da Imputação Objetiva
Existe nexos físico (sem aquele veículo, o acidente não ocorreria como ocorreu).	Apesar de presente o nexos físico, o fabricante atua dentro de um risco permitido, tolerado pela sociedade, não havendo nexos normativo.
É causa	Não é sequer causa
Não será responsável pelo resultado apenas porque não agiu o fabricante com dolo ou culpa	Dispensa análise do dolo e da culpa.

4.3.2. Realização do risco no resultado

Além da análise do risco gerado, é necessário verificar se a ocorrência do resultado deve ser atribuída ao perigo criado ou incrementado pela conduta. Quer isto dizer que a imputação somente ocorrerá se, além da criação ou incremento de um risco proibido, o resultado for uma extensão natural da conduta empreendida. Logo, não será causa o comportamento do agente se o evento causado fisicamente pela sua conduta não estiver na linha de desdobramento causal normal da sua ação ou omissão.

ao médico, a pretexto de aplicar o tratamento, informar inadequadamente o paciente para obter o consentimento. Caso assim atue, haverá a criação de um risco proibido pela colocação do paciente em uma situação da qual não estava adequadamente ciente, o que gerará a imputação do resultado.

114. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000, p. 34-35.
115. A identificação do risco proibido se dá através da **prognose póstuma objetiva**. Uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico. Luis Greco, destrinchando a expressão, esclarece: “Prognose, porque é um juízo formulado de uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação. Objetiva, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao círculo social em que se encontra o autor. Póstuma, porque, apesar de tomar em consideração apenas os fatos conhecidos pelo homem prudente no momento da prática da ação, a prognose não deixa de ser realizada pelo juiz, ou seja, depois da prática do fato” (*Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26).

Vimos, quando do estudo da teoria da causalidade adequada, que o erro médico no socorro de vítima de disparo de arma de fogo é concausa relativamente independente superveniente que não por si só provocou o resultado, respondendo o atirador por homicídio consumado (e o médico por homicídio culposo). Sob a ótica da imputação objetiva, a solução (imputação) não é assim tão simples, como bem alerta **Juarez Cirino**, lembrando de Roxin¹¹⁶. Vejamos.

Se o resultado é **produto exclusivo** do risco posterior (erro médico), então é atribuído ao autor desse risco (falha médica). Suponhamos que o paciente, depois de submetido a cirurgia de emergência, durante sua recuperação no hospital, recebe, por negligência do médico, remédio em dose excessiva, levando-o a óbito. A sua morte é produto exclusivo do erro médico, fazendo com que o atirador responda por homicídio tentado e o médico por homicídio culposo.

Quando o resultado é **produto combinado** de ambos os riscos (lesões em razão do disparo e falha médica), então pode ser atribuído aos respectivos autores, embora o atirador responda por dolo e o médico por culpa. Imaginemos, pois, que a falha médica ocorra durante a cirurgia para estancar a hemorragia na vítima. A combinação dos riscos gerou a morte do paciente.

4.3.3. Resultado se encontra dentro do alcance do tipo

Para haver imputação, requer-se, por fim, que o perigo gerado pelo comportamento do agente esteja no alcance do tipo penal, modelo de conduta que não se destina a impedir todas as contingências do cotidiano.

Imaginemos: ANTONIO atira em JOÃO para matar. A vítima, com vida, é socorrida e transportada numa ambulância para cirurgia de urgência. No trajeto, a ambulância, em alta velocidade, colide contra um poste, matando o paciente em apuros.

Como fica a situação do atirador?

Teoria Tradicional	Teoria da Imputação Objetiva
Existe nexu físico (se não fosse o disparo, JOÃO não estaria na ambulância).	Além do nexu físico, ANTONIO, atirando contra alguém, criou risco proibido. A morte de JOÃO, porém, não se encontra dentro de alcance do tipo. Não é objetivo do art. 121 prevenir mortes causadas por acidentes de veículos que não estejam sob o domínio direto ou indireto do autor de um disparo.
Teoria Tradicional	Teoria da Imputação Objetiva
É causa. O acidente é uma concausa relativamente independente que não por si só provocou a morte da vítima. A morte, objetivamente, pode ser imputada a ANTONIO.	Não é causa. A morte não pode ser atribuída a ANTONIO.
Agiu com dolo, respondendo por homicídio doloso.	Havendo dolo, responderá por homicídio tentado.

116. Ob. cit., p. 113.

4.4. Causalidade nos crimes omissivos

O *caput* do artigo 13 do Código Penal prevê como causa a ação ou **omissão** sem a qual o resultado não teria ocorrido. No entanto, como já apontamos anteriormente, não se fala em nexo de causalidade em crime omissivo, mas somente em crimes comissivos dos quais resultem modificação no mundo exterior (resultado naturalístico). O que determina a ligação entre a conduta omissiva do agente e o resultado lesivo é o **nexo estabelecido pela lei (normativo)**. Explica MIRABETE:

“Manteve a lei a disposição em que se afirma que a *omissão* também é causa do resultado. Não há, contudo, nexo causal entre a omissão e o resultado, uma vez que do nada, nada surge. Como bem acentua Damásio, a estrutura da conduta omissiva é essencialmente normativa, não naturalística. O omitente responde pelo resultado não porque causou o resultado, mas porque não agiu para impedi-lo, realizando a conduta a que estava obrigado”¹¹⁷.

No mesmo sentido, esclarecem LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA:

“Lógico que no plano naturalístico nós podemos perceber a omissão (o sujeito não faz o que a norma manda) e mentalmente fazer a devida conexão entre ela e o resultado ofensivo ao bem jurídico. Entretanto, para fins penais, não importa esse vínculo mental. Isso não conta, porque a base da responsabilidade penal nos crimes omissivos, reitere-se, não é naturalística, sim, jurídica (puramente normativa, deriva da norma)”¹¹⁸.

Preferimos analisar o assunto lembrando existir duas espécies de crime omissivo: próprio e impróprio.

Na **omissão própria**, a lei prevê e pune a inação (conduta omissiva), na qual estará incurso o agente pelo simples fato de não ter atuado na forma determinada. É o que ocorre, por exemplo, na omissão de socorro, no abandono material, no abandono intelectual, na omissão de notificação de doença etc. O nexo normativo, nesses casos, incide para estabelecer o elo entre a conduta omissiva e a omissão tipificada (basta que exista um tipo penal punindo a abstenção e que esta ocorra por parte do agente).

Não se pode ignorar, porém, que determinados crimes omissivos próprios podem estar ligados a resultados naturalísticos, majorantes/qualificadoras do delito, como acontece com a omissão de socorro, punida mais rigorosamente quando da não ação ocorre lesão grave ou morte da vítima.

Com razão, ensina BITENCOURT:

“Embora, via de regra, os *delitos omissivos próprios* dispensem a investigação sobre a relação de causalidade, porque são delitos de *mera conduta*, em relação a essa majorante, nesses crimes, também

117. Ob. cit. p. 100.

118. Ob. cit., vol. 2, p. 102.

é indispensável que se analise o *nexo causal* entre a *conduta omissiva* e o *resultado* determinante da majoração de pena. Enfim, devemos indagar: a ação omitida teria evitado o resultado? Resultado que, diga-se de passagem, não tinha obrigação de impedir, mas que ocorreu em virtude de sua abstenção, *por não ter desviado ou obstruído o processo causal em andamento*. A sua obrigação era de agir, e não de evitar o resultado, mas, nesse caso, atribui-se, por previsão legal específica, uma majorante pelo *desvalor do resultado*. No entanto, como essa *majorante* decorre de um resultado material, é indispensável comprovar a *relação de causalidade* (de não impedimento) entre a omissão e o resultado ocorrido¹¹⁹.

Na **omissão imprópria**, todavia, a causalidade (também normativa) deve ser analisada sob outro prisma. Nesse caso, a lei não tipifica a conduta omissiva, mas estabelece regras para que se possa punir o agente por ter praticado crime comissivo por omissão. Estamos diante de um crime de resultado material, exigindo, consequentemente, um nexo entre a ação omitida e o resultado. Esse nexo, no entanto, não é naturalístico (a omissão não causou o resultado). O agente não causa diretamente o resultado, mas permite que ele ocorra abstendo-se de agir quando deveria e poderia fazê-lo para evitar a sua ocorrência. “A mãe que tricota meias ao invés de alimentar o filho, não causa a morte do bebê. Na realidade, a morte do filho é causada pela inanição, isto é, por um processo causal que se desenvolve de forma independente”¹²⁰.

A doutrina se refere, aqui, ao *nexo de evitação*, sobre o qual se deve empregar um juízo hipotético semelhante àquele utilizado no nexo causal: se, imaginada a ação devida, o resultado deixasse de ocorrer, existe o nexo (de evitação), imputando-se o resultado ao omitente (o sujeito não causou o resultado, mas como não o impediu, é equiparado ao verdadeiro causador).

5. TIPICIDADE PENAL

5.1. Evolução da tipicidade penal

O fato típico, como já estudado, é o primeiro substrato do conceito analítico de crime. São seus elementos a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade penal.

A compreensão acerca da tipicidade penal tem evoluído de acordo com as novas concepções sobre o Direito Penal.

A **teoria tradicional** compreendia a tipicidade sob o aspecto meramente **formal**. Assim, conceituava-se a tipicidade como a subsunção do fato à norma. Deste modo, aquele que subtraía uma caneta “bic” de uma papelaria praticava conduta típica, ajustando-se seu comportamento à norma estampada no artigo 155 do Código Penal (“*Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*”).

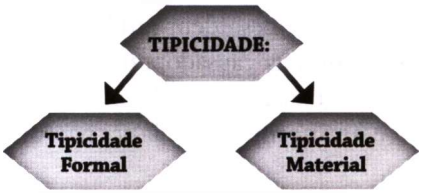
119. Ob. cit., vol. 1, p. 322-323.

120. Ob. cit., p. 512.

Para a doutrina **moderna**, entretanto, a tipicidade penal engloba tipicidade formal e tipicidade material. A tipicidade penal deixou de ser mera subsunção do fato à norma, abrigando também juízo de valor, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. É somente sob essa ótica que se passa a admitir o princípio da insignificância como hipótese de atipicidade (material) da conduta. Assim, no exemplo acima, embora haja tipicidade formal, a conduta do agente que subtraiu a caneta “bic” não representa lesão relevante e intolerável ao bem jurídico tutelado¹²¹.

Eugênio Raul **Zaffaroni**, incrementando a concepção moderna desse importante elemento do fato típico, desenvolve a **teoria da tipicidade conglobante**. Aqui, a tipicidade penal é a soma entre tipicidade formal e tipicidade conglobante, esta composta pela tipicidade material e antinormatividade do ato (ato não determinado ou não incentivado por lei).

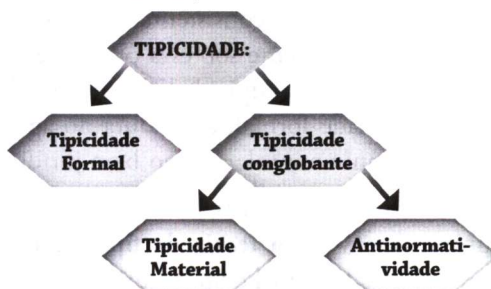
Em síntese:

Teorias tradicionais	Tipicidade penal = tipicidade formal (mero ajuste do fato à norma penal incriminadora).
Teorias modernas	Tipicidade penal = tipicidade formal + tipicidade material (relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado).  <pre> graph TD A[TIPICIDADE:] --> B[Tipicidade Formal] A --> C[Tipicidade Material] </pre>

121. Para Andreas Eisele (ob. cit., p. 497), a classificação da tipicidade em formal e material acarreta um problema operacional, decorrente do fato de que a afetação do bem jurídico é dimensionável, e a tipicidade não. Ou seja, em um furto, por exemplo (art. 155 do CP), o valor do objeto subtraído é variável, e dependendo de sua quantidade, o bem jurídico (patrimônio) pode ser afetado em dimensões maiores ou menores. No caso, a subtração de uma moeda de R\$ 1,00 deverá afetar o patrimônio de uma pessoa de forma insignificante, enquanto a subtração de um aparelho televisor deverá afetá-lo de forma relevante, e a subtração de todos os bens existentes no interior de uma residência provavelmente afetará o patrimônio da vítima de modo expressivamente grave. Porém, em nenhum dos três casos a tipicidade do fato é alterada em decorrência da extensão da lesão ao bem jurídico, pois em todas as situações trata-se igualmente de furtos (subtrações de coisas alheias móveis). Portanto, como a categoria da tipicidade não é dimensionável, não existindo a definição típica de diversos casos conforme a dimensão da afetação do bem jurídico, e o referente da classificação (afetação do bem jurídico) o é, tal proposição é inadequada, porque torna a amplitude da afetação do bem jurídico irrelevante, eis que não produziria consequências operacionais, pois um fato não poderia ser classificado como “mais típico” que um outro. A afetação do bem jurídico, na visão do citado autor, deve ser aferida no âmbito da punibilidade, e não no da tipicidade, pois é naquela categoria que se determina a dignidade penal do fato (ou merecimento de pena). Desta forma, o fato socialmente inexpressivo, devido à insignificância da afetação do bem jurídico, é classificado como típico, antijurídico e mesmo culpável, mas não punível e, portanto, sem repercussões penais.

**Teoria da
Tipicidade
conglobante
(Zaffaroni)**

A tipicidade penal = tipicidade formal + tipicidade conglobante (soma da **tipicidade de material e atos antinormativos**).



Em face da sua importância, vamos aprofundar esta última concepção.

5.2. Tipicidade conglobante

A proposta da teoria da tipicidade conglobante é harmonizar os diversos ramos do Direito, partindo-se da premissa de unidade do ordenamento jurídico. É uma incoerência o Direito Penal estabelecer proibição de comportamento determinado ou incentivado por outro ramo do Direito (isso é desordem jurídica). Dentro desse espírito, para se concluir pela tipicidade penal da conduta causadora de um resultado, é imprescindível verificar não apenas a subsunção formal fato/tipo e a relevância da lesão ou perigo de lesão, mas também se o comportamento é **antinormativo**, leia-se, não determinado ou incentivado por qualquer ramo do Direito.

Zaffaroni e Pierangeli explicam (e exemplificam):

“Suponhamos que somos juízes e que é levada a nosso conhecimento a conduta de uma pessoa que, na qualidade de oficial de justiça, recebeu uma ordem, emanada por juiz competente, de penhora e sequestro de um quadro, de propriedade de um devedor a quem se executa em processo regular, por seu legítimo credor, para a cobrança de um crédito vencido, e que, em cumprimento desta ordem judicial e das funções que por lei lhe competem, solicita o auxílio da força pública, e, com todas as formalidades requeridas, efetivamente sequestra a obra, colocando-a à disposição do Juízo. O mais elementar senso comum indica que esta conduta não pode ter qualquer relevância penal, que de modo algum pode ser delito, mas por quê?

Receberemos a resposta de que esta conduta enquadra-se nas previsões do art. 23, III, do CP: ‘Não há crime quando o agente pratica o fato... em estrito cumprimento de dever legal...’. É indiscutível que ela aí se enquadra, mas que caráter do delito desaparece quando um sujeito age em cumprimento de um dever?

Para boa parte da doutrina, o oficial de justiça teria atuado ao amparo de uma causa de justificação, isto é, que faltaria a antijuridicidade da conduta, mas que ela seria típica.

Para nós, esta resposta é inadmissível, porque tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe.

(...)

A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’ (art. 155, caput, do CP), mas que não é alcançado pela proibição do ‘não furtarás’¹²².

Da lição, conclui-se que a tipicidade conglobante tem como consequência a transferência do estrito cumprimento de um dever legal e do exercício regular de direito incentivado da ilicitude para a tipicidade, servindo como suas causas de exclusão¹²³.

5.3. Espécies de tipicidade formal

São **duas** as espécies de tipicidade formal (ou formas de adequação típica).

A **primeira** é a **adequação típica imediata ou direta**, na qual se opera um ajuste entre o fato e a norma penal sem depender de dispositivo complementar. Através de um único dispositivo se alcança a subsunção entre a conduta e o tipo penal.

Exemplo: “A” matou “B”. O comportamento de “A” se subsume, com perfeição, ao disposto no artigo 121 do Código Penal (“matar alguém”).

Há situações, todavia, em que a subsunção entre o fato e a lei penal incriminadora dependerá de uma norma auxiliar.

Trata-se da **segunda** espécie de tipicidade formal.

Nesses casos, estaremos diante da **adequação típica mediata ou indireta**. O ajuste entre o fato e a norma somente se realiza através da conjugação do tipo penal com uma **norma de extensão**.

As normas de extensão, que permitem a subsunção indireta, podem ser:

(A) Norma de extensão temporal.

A conduta de “tentar matar alguém” somente é punível em razão da norma descrita no artigo 14, II, do Código Penal¹²⁴. Sem essa norma, lendo o artigo 121 do Estatuto Repressor, a conclusão seria pela atipicidade do comportamento.

(B) Norma de extensão pessoal e espacial

122. Ob. cit., p. 435-6.

123. Percebe-se que a legítima defesa e o estado de necessidade não migraram porque não são incentivados, mas sim tolerados por lei.

124. CP. Art. 14. Diz-se o crime: II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O artigo 29 do Código Penal¹²⁵, que dispõe sobre o concurso de pessoas, reflete uma norma auxiliar, cuja existência permite a subsunção indireta da conduta do partícipe (que não realiza o núcleo do tipo, mas, de qualquer modo, concorre para o delito). Note-se que aquele que praticar a conduta de “vigiar o local enquanto alguém realiza o crime de homicídio” comete um fato, *a priori*, atípico, porque não se encontra previsto em qualquer norma penal. Contudo, conjugando o artigo 29 com o artigo 121, ambos do Código Penal, é possível realizar a adequação típica, punindo aquele que se limitou a vigiar, como partícipe, permitindo a execução de um homicídio¹²⁶.

(C) Norma de extensão causal

Insculpida no artigo 13, §2º, do Código Penal, a regra estabelece a “relevância da omissão”, tornando-a típica (através da adequação indireta). Se não fosse o dispositivo mencionado, a mãe que deixa sua filha morrer de inanição não seria responsabilizada penalmente por homicídio, porque a causa da morte não é sua omissão, mas sim a inanição. Graças à disposição legal, por não ter evitado o resultado, a mãe é tratada como se o houvesse causado.

5.4. Tipo penal: elementos

O “tipo” penal retrata modelo de conduta proibida pelo ordenamento jurídico-penal. Na descrição do comportamento típico, vale-se o legislador de **elementos objetivos e subjetivos**. Os primeiros estão relacionados aos aspectos materiais e normativos do delito, enquanto os segundos, relacionados à finalidade especial que anima o agente.

Os **elementos objetivos** podem ser classificados em:

(A) **Elementos objetivos descritivos**, identificados por descreverem os aspectos materiais da conduta, como objetos, tempo, lugar, forma de execução. São elementos que não dependem de valoração para a inteligência do seu significado.

A doutrina causalista, capitaneada por **Beling**, entendia o tipo como norma meramente descritiva, visão superada por **Mayer** que identificou os elementos normativos – embora os visse como “corpos estranhos” do tipo. Nesse sentido, aponta **Heleno Claudio Fragoso**:

“**Beling** afirmava ser o tipo puramente descritivo, mesmo quando referido a valor, nele havendo completa ausência de conteúdo valorativo. Seria, assim, pura objetividade. Max Ernst Mayer, porém, assinalou a existência de *elementos* normativos, ou seja, elementos essenciais da conduta típica que têm apenas uma importância valorativa determinada”¹²⁷.

(B) **Elementos objetivos normativos**, que são caracterizados como elementos cuja compreensão passa pela realização de um juízo de valor.

125. CP. Art. 29. *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

126. Observe-se que o artigo 29 só é aplicado para o partícipe que não praticou o núcleo (matar, subtrair). A conduta do codelinquente, pessoa que também realiza o verbo do tipo, adéqua-se de forma direta, sendo desnecessária a norma de extensão.

127. *Conduta Punível*. Ob. cit., p. 138-140.

Nesse sentido, expressões como “funcionário público”, “documento” e “coisa alheia”, “decoro” e “pudor”, presentes em vários tipos penais, demandam do intérprete valoração para serem apreendidas e aplicadas.

(C) **Elementos objetivos científicos**, caracterizados por transcenderem o mero elemento normativo, cuja apreensão exige conhecimento do seu significado estampado na ciência natural. A Lei nº 11.105/2005, no seu art. 24, pune utilizar *embrião humano* em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei. Ora, a expressão destacada (embrião humano) não demanda juízo de valor, bastando conhecer seu significado esclarecido pela biologia.

Por fim, temos os **elementos subjetivos**, relacionados com a finalidade específica que deve ou não animar o agente. Dividem-se em: **a) positivos**: a finalidade que deve animar o agente para que o fato seja típico; **b) negativos**: a finalidade que não deve animar o agente para gerar a tipicidade.

O art. 33, § 3º, da Lei de Drogas, por exemplo, pune com detenção de 6 meses a 1 ano e multa quem oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. Percebe-se na redação típica uma finalidade especial que deve animar o agente (“para juntos a consumirem”) e outra que não deve animar o sujeito ativo (“sem objetivo de lucro”).

Há também referência na doutrina a **elementos modais**, relacionados especificamente a circunstâncias de tempo, local e modo de execução (tratados, no geral, como elementos objetivos) sem as quais o crime não se caracteriza. Seria, por exemplo, elemento modal de tempo no crime de roubo impróprio o emprego de violência ou grave ameaça a pessoa *logo depois* de subtraída a coisa. Se o interregno entre a subtração e a violência ou a grave ameaça se estender além do razoável, afasta-se o roubo para a caracterização do furto em concurso material com a lesão corporal ou com a ameaça.

5.5. Tipo penal: modalidades

O tipo penal pode se apresentar sob diversas formas, cuja classificação analisaremos a seguir:

(A) **tipo congruente e tipo incongruente**: o tipo será **congruente ou simétrico** quando apresentar simetria entre os elementos objetivos e subjetivos; será **incongruente ou assimétrico** quando não houver essa simetria. São hipóteses de tipo incongruente o **crime formal**, o **crime tentado** e o **crime preterdoloso**.

De fato, no crime formal a intenção do agente vai além do que o tipo exige para a consumação. O autor quer mais do que o legislador entende suficiente para caracterizar o crime. Na extorsão mediante sequestro, por exemplo, o extorsionário sequestrador quer o resgate, mas para a configuração do delito basta que haja privação da liberdade da vítima.

O crime tentado, apesar de subjetivamente completo (o dolo de quem mata é o mesmo de quem tenta matar), é objetivamente incompleto.

Por fim, no crime preterdoloso, a intenção do agente fica aquém do que objetivamente alcança. Na lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP), por exemplo, o agressor quer provocar determinado resultado (lesão), mas, por culpa, acaba provocando um mais grave do que o desejado (morte), respondendo por este.

(B) tipo normal e tipo anormal: o primeiro se caracteriza por exibir apenas elementos objetivos, ao passo que o segundo contém também elementos subjetivos e/ou normativos. Para aqueles que se alinham à teoria finalista, todos os tipos penais serão anormais, pois, para esta teoria, como vimos, o dolo e a culpa estão contidos na conduta, um dos elementos do fato típico. Daqui surge o conceito de tipo complexo, que, para os finalistas, reúne os elementos objetivos e subjetivos.

(C) tipo simples e tipo misto: o tipo simples é o que contém apenas um núcleo caracterizador da conduta. No caso do homicídio, o núcleo é *matar*. Já o tipo misto se destaca por apresentar duas ou mais condutas nucleares, daí surgindo os crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado.

O tipo misto pode ser alternativo ou cumulativo. É alternativo quando a lei estabelece diversos núcleos que, se praticados no mesmo contexto fático, caracterizam o cometimento de apenas um delito. No tráfico de drogas, por exemplo, se “A” importa a pasta base de cocaína, prepara a substância e expõe o produto final à venda, será punido por apenas um delito, embora, no caso, a pena possa ser aumentada com base nas circunstâncias judiciais. O tipo é misto cumulativo quando a lei estabelece várias condutas nucleares que, se praticadas seguidamente, ainda que em contexto único, ensejam o concurso material. É o caso, por exemplo, do art. 198 do Código Penal, que pune as condutas de **constranger** alguém, mediante violência ou grave ameaça, **a celebrar** contrato de trabalho, ou **a não fornecer** a outrem ou **não adquirir** de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola.

(D) tipo fechado e tipo aberto: o tipo penal é fechado quando descreve por completo a conduta criminosa, sem a necessidade de que o intérprete busque elementos externos para encontrar seu efetivo sentido. Dessa forma, ao descrever o ato de “matar alguém”, o art. 121 do Código Penal esgota a descrição típica porque dali se extrai todo o necessário para a subsunção da conduta. O tipo penal aberto, por outro lado, é incompleto, demandando do intérprete um esforço complementar para situar o seu alcance. Ao estabelecer, no § 3º, a pena de detenção de um a três anos “se o homicídio é culposo”, o art. 121 impõe ao aplicador da lei que explore os conceitos de culpa para apurar se a conduta se adéqua ao tipo penal. Note-se que o tipo penal aberto não se confunde com a norma penal em branco, em que a complementação não é interpretativa, mas normativa.

(E) tipo fundamental e tipo derivado: tipo fundamental é o que estabelece a forma básica por meio da qual o delito pode ser cometido, figurando normalmente no *caput* do dispositivo legal (exceção, no Código Penal, é o excesso de exação, que, embora esteja no § 1º do art. 316, é tipo fundamental). Tipo derivado, como a denominação sinaliza, é constituído a partir do tipo fundamental, inserindo circunstâncias que o qualificam ou que aumentam ou diminuem a pena. Dessa forma, em síntese, o art. 157 do Código Penal, no *caput*, tipifica o roubo simples (tipo fundamental); nos §§ 2º e 2º-A, institui causas de aumento de pena a depender das circunstâncias do roubo (tipo derivado).

(F) tipo de autor e tipo de fato: tipo de autor é aquele em que a punição recai em alguém em razão de sua condição pessoal, não da prática de determinada conduta. Trata-se de figura que perde cada vez mais espaço para ceder lugar ao tipo de fato, que pune a conduta criminosa pelo perigo ou pelo dano que esta representa.

Capítulo III

ILICITUDE

Sumário • 1. Conceito; 2. Relação entre tipicidade e ilicitude; 3. Causas excludentes da ilicitude (descriminantes ou justificantes); 3.1. Estado de necessidade; 3.1.1. Requisitos do estado de necessidade; 3.1.2. Estado de necessidade e erro na execução; 3.2. Legítima defesa; 3.2.1. Requisitos da legítima defesa; 3.2.2. Legítima defesa e erro na execução; 3.2.3. Legítima defesa da honra nos crimes contra a vida; 3.3. Estrito cumprimento de um dever legal; 3.4. Exercício regular de um direito; 3.4.1. A problemática dos “ofendículos”; 3.5. Consentimento do ofendido; 3.6. *Ticking Bomb Scenario Theory*: o emprego da tortura na iminência de um ato terrorista; 4. Excesso nas justificantes; 5. Descriminante putativa.

1. CONCEITO

A ilicitude, também denominada de **antijuridicidade**¹, é o segundo substrato do conceito analítico de crime². Deve ser entendida como conduta típica não justificada, espelhando a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico como um todo.

Como vimos, para existir o **crime**, deve ser demonstrado que uma conduta gerou um resultado com ajuste (formal e material) a um tipo penal (**fato típico**). Em seguida, é imprescindível verificar se essa violação típica não é permitida pelo nosso ordenamento jurídico: se permitida, não há ilicitude (desaparecendo o próprio crime); se não permitida, há ilicitude.

Explicam **Zaffaroni e Pierangeli**:

“Devemos ter presente que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito: assim, o hoteleiro que vende a bagagem de um freguês, havendo perigo na demora em acudir a justiça, realiza uma conduta que é típica do art. 168 do CP [apropriação indébita], mas que não é antijurídica, porque está amparada por um preceito permissivo que não provém do direito penal, mas sim do direito privado (art. 1470 do CC/02).

1. É sabido que na teoria geral do direito, “crime” constitui **fato jurídico**. Assim, a expressão “antijuridicidade” como elemento do “crime” gera indisfarçável contradição: “crime” é um **fato jurídico** e, simultaneamente, **antijurídico** (como pode algo **ser** e **não ser**, ao mesmo tempo?). Flávio Monteiro de Barros esclarece que a contradição é apenas aparente, porquanto o termo “antijuridicidade” é usado exclusivamente na teoria geral do crime, que não se confunde com a teoria geral do direito (ob. cit. p. 301).
2. Registre-se que, independentemente da corrente doutrinária que se adote, a antijuridicidade sempre faz parte do crime.

A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa de preceitos permissivos.

O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no direito civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.)³.

Pode um fato, tipicamente penal, ser classificado como lícito num âmbito do nosso ordenamento, mas ilícito no outro? Andreas Eisele responde:

“A classificação é válida para todos os âmbitos do Direito, motivo pelo qual não há uma ilicitude especificamente penal ou civil, mas somente consequências jurídicas distintas, decorrentes da regulamentação do fato em cada âmbito do Direito. Ou seja, a ilicitude é uma categoria do ordenamento jurídico, considerado em sua completude, não se configurando de forma exclusiva e autônoma em um determinado âmbito regulamentar. Esta relação decorre do princípio sistemático da coerência do ordenamento jurídico, conforme o qual o Direito não pode conter antinomias, pois a contradição normativa tornaria impossível a definição dos âmbitos da licitude e ilicitude. Tal princípio impede a autonomia absoluta das diversas esferas de regulamentação jurídica e, consequentemente, evita a instauração de antinomias.

Embora não seja possível que um mesmo fato seja classificado como lícito em um âmbito do ordenamento jurídico e ilícito em outro, é possível que um determinado fato seja classificado como ilícito em algum âmbito regulamentar, porém como irrelevante (juridicamente indiferente) em outro. A irrelevância não é o mesmo que a licitude, pois a licitude produz efeitos em relação a todos os âmbitos do ordenamento jurídico, enquanto a irrelevância pode ser restrita a um âmbito desse ordenamento. Ou seja, um fato lícito manterá esta característica em todos os âmbitos de regulamentação jurídica, mas um fato irrelevante no âmbito penal pode não o ser no âmbito civil, porque a licitude (decorrente da incidência de uma norma específica) do fato aferida no âmbito penal implica a civil, mas a anomia penal (ausência de regulamentação do fato neste âmbito) não necessariamente implica sua licitude (ou ilicitude) no âmbito civil⁴.

3. Ob. cit., p. 540-1.

4. Ob. cit., p. 488.

2. RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE

Questão importante levantada pela doutrina diz respeito à relação entre a tipicidade e a ilicitude: assim, comprovado o fato típico, qual a consequência no campo da ilicitude? Excluída a ilicitude, o fato permanece típico? Quatro teorias debatem o tema:

(A) Teoria da autonomia ou absoluta independência

Defendida por **Ernst Ludwig von Beling** (1906), para esta teoria a tipicidade não tem qualquer relação com a ilicitude. Primeiro se comprova o fato típico para, num segundo momento, demonstrar a ilicitude, tratando-se de substratos absolutamente independentes na construção analítica do crime.

Conclusão: fato típico não desperta juízo de valor no campo da ilicitude. Quando excluída a antijuridicidade, o fato permanece típico. Quando JOÃO mata ANTONIO, temos um fato típico, devendo ser analisada a ilicitude da conduta. Comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade do fato, permanecendo típico.

(B) Teoria da indiciarietade ou da “*ratio cognoscendi*”

Idealizada por Mayer em 1915, entende que a existência do fato típico gera uma presunção (relativa) de que é também ilícito. Não há (ao contrário da anterior) uma absoluta independência entre esses dois substratos, mas uma relativa dependência.

Conclusão: fato típico desperta indícios de ilicitude, apesar de permanecer íntegro quando excluída a antijuridicidade do comportamento. Quando JOÃO mata ANTONIO, temos um fato típico e indícios de ilicitude da conduta. Comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade do fato, que, no entanto, permanece típico.

(C) Teoria da absoluta dependência ou “*ratio essendi*”

A teoria da *ratio essendi*, encampada por **Mezger** em 1930, cria o conceito de tipo total do injusto, levando a ilicitude para o campo da tipicidade. Em outras palavras, a ilicitude é a essência da tipicidade, numa absoluta relação de dependência entre esses elementos do delito.

Conclusão: não havendo ilicitude, não há fato típico. Quando JOÃO mata ANTONIO, temos um fato típico, o qual só permanece como tal se também ilícito. Comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade e a tipicidade do comportamento.

(D) Teoria dos elementos negativos do tipo

Para esta teoria, o tipo penal é composto de elementos positivos (expressos) aos quais se somam elementos negativos (implícitos), quais sejam, causas excludentes de ilicitude. Para que o comportamento do agente seja típico não basta realizar os elementos positivos expressos no tipo, mas não pode configurar qualquer dos elementos negativos. O crime de homicídio deverá ser lido: “matar alguém (elemento positivo expresso), desde que não esteja presente uma excludente de ilicitude (elemento negativo implícito)”.

Conclusão: para que o fato seja típico, os elementos negativos – excludentes de ilicitude – não podem existir. Constata-se uma absoluta relação de dependência entre

fato típico e a ilicitude, um pressupondo a existência do outro. Quando JOÃO mata ANTONIO, para que o fato seja típico, JOÃO não pode ter agido em legítima defesa⁵.

☑ **Na relação tipicidade x ilicitude, qual teoria norteia nosso ordenamento jurídico?**

De acordo com a doutrina majoritária, o Brasil seguiu a teoria da indiciariedade ou da *ratio cognoscendi*. O fato típico é (em princípio) um fato ilícito, pois consiste na concretização do descumprimento da norma penal veiculada mediante o tipo legalmente definido. Neste contexto, se pode afirmar que a tipicidade (classificação jurídica do fato como típico) estabelece a antijuridicidade (como sua consequência jurídica), devido à violação da norma penal.

Porém, como a norma proibitiva ou impositiva de uma obrigação incide de forma genérica em relação às hipóteses típicas, e as normas permissivas (que excluem a ilicitude do fato) incidem de forma específica (pois configuram leis especiais), embora a tipicidade do fato implique, como consequência, sua ilicitude, se na situação concreta ocorrer igualmente uma situação correspondente à hipótese de incidência de uma norma permissiva (ou seja, uma excludente de ilicitude, como é o caso da legítima defesa, do estado de necessidade, do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito), tal ilicitude será afastada, e o fato típico não será classificado como antijurídico.

Ou seja, as normas proibitivas ou obrigatórias incidem de forma genérica em relação aos fatos típicos, qualificando-os como ilícitos, de modo que, quando não ocorrer uma hipótese específica correspondente à incidência de uma norma permissiva, os fatos típicos serão ilícitos⁶.

Em suma, provada a tipicidade, há indícios de ilicitude (ou antijuridicidade). Essa suspeita provoca uma consequência importante: o ônus da prova sobre a existência da causa de exclusão da ilicitude é da defesa (de quem alega).

Comprovada a causa de exclusão da ilicitude.	Comprovado que o fato não ocorreu sob o manto de causa de exclusão de ilicitude.	Ficou a dúvida se o fato típico está (ou não) justificado por causa de exclusão da ilicitude.
Juiz absolve	Juiz condena	Juiz condena (não se aplicando o <i>in dubio pro reo</i> quando o ônus é da defesa).

Ocorre que, com a reforma promovida pela Lei 11.690/08 no Código de Processo Penal, o juiz deve absolver o acusado quando “*existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência*” (destaque nosso).

5. Essa teoria possui o mesmo resultado prático da teoria anterior, embora com ela não se confunda, porque construída sobre bases diferentes.

6. Andreas Eisele, ob. cit., p. 232.

Parece-nos que, agora, está absolutamente claro que a dúvida **razoável** sobre a existência ou não da excludente de ilicitude favorece o réu, devendo o magistrado absolvê-lo com fundamento no artigo 386, VI, parte final, do Código de Processo Penal. Em resumo: havendo dúvida, deve o réu ser condenado (não se aplicando o *in dubio pro reo*); no caso de dúvida **razoável**, o réu merece ser absolvido. Deste modo, foram relativizados os efeitos da teoria da indiciabilidade no ônus probatório.

Comprovada a causa de exclusão da ilicitude.	Comprovado que o fato não ocorreu sob o manto de causa de exclusão de ilicitude.	Ficou a dúvida se o fato típico está (ou não) justificado.	Ficou a dúvida razoável se o fato típico está (ou não) justificado
O juiz absolve	O juiz condena	O juiz condena	O juiz absolve (aplicando o <i>in dubio pro reo</i>)

3. CAUSAS EXCLUDENTES DA ILICITUDE (DESCRIMINANTES OU JUSTIFICANTES)

A conduta humana formal e materialmente típica é somente indício de ilicitude, que pode ser excluída diante da prova (ou fundada dúvida) da presença de alguma causa excludente da antijuridicidade. Essas causas estão previstas, principalmente (e não exclusivamente), na Parte Geral do Código Penal, mais precisamente no seu artigo 23, que anuncia: “*não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito*”.

Entretanto, é possível encontrá-las espalhadas no ordenamento jurídico, como se percebe da simples leitura do artigo 128 do Código Penal (aborto justificado) ou do artigo 1470 do Código Civil (apropriação justificada). Explicam JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“As razões que dão sustento às causas de justificação podem mudar constantemente, pois se trata de um momento sistemático no qual se procura dar uma solução social aos conflitos. Por esse motivo, as causas de justificação podem ser muitas. Inclusive aparecem na Parte Especial para alguns crimes, e nestes casos *não podem* ser aplicadas analogicamente a outras hipóteses semelhantes.

As causas de justificação provêm de todo o âmbito do direito, ainda que suas regras básicas sejam encontradas no próprio Código Penal. Isto não implica que estejam plenamente formuladas no texto da lei penal, mas que o Código, através de determinadas causas de justificação como o estrito cumprimento de um dever legal ou o exercício regular de um direito (art. 23, III do CP) permite corrigir discordâncias normativas. As leis não são perfeitas e portanto encerram contradições: o que é proibido como caráter geral pode não o ser em determinadas circunstâncias. A autorização que, para certa conduta, outorguem as normas que regulam qualquer ramo do direito (civil, mercantil, administrativo etc.) exclui a antijuridicidade da conduta para efeitos penais. Inclusive incidirão o costume, a jurisprudência, os princípios gerais ou os Tratados Internacionais

na medida em que sejam reconhecidos pelos outros ramos do direito. A unidade do ordenamento apresenta, neste aspecto, toda sua validade. A tarefa do operador jurídico encarregado de fazer a valoração consiste em determinar a existência de normas que permitam a comissão de determinados crimes e inclusive de eliminar qualquer falta de coordenação normativa”⁷.

Ademais, é possível sustentar a existência de causas de justificação que não se encontram em lei. Entre nós, o **consentimento do ofendido** é a **causa supralegal** excludente da ilicitude pacificamente reconhecida, apesar da divergência doutrinária sobre seus contornos e requisitos.

☑ **A decisão de arquivamento do inquérito policial com fundamento na exclusão da ilicitude faz coisa julgada material?**

Sabe-se que o art. 18 do Código de Processo Penal estabelece que, uma vez arquivado o inquérito, a autoridade policial poderá efetuar diligências se tiver notícia de novas provas do crime. No entanto, o STJ já decidiu que, tratando-se de arquivamento fundamentado na legítima defesa, a decisão faz coisa julgada material, impedindo o desarquivamento do procedimento investigatório para a realização de novos atos investigatórios. Assim ocorre porque, no momento em que o órgão acusatório analisa o resultado da investigação, o princípio vigorante é o de *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, denuncia-se o agente para que, na instrução processual, seja apurada adequadamente sua responsabilidade. Se, ao final da instrução, permanece a dúvida, beneficia-se então o réu, que deve ser absolvido (*in dubio pro reo*). Nesse quadro, se o Ministério Público promoveu o arquivamento do inquérito constatando ter o agente atuado sob exclusão da ilicitude, o fez porque tinha absoluta certeza das circunstâncias do fato, pois, do contrário, haveria de ter oferecido a denúncia para que o agente eventualmente comprovasse a justificante em juízo. Logo, se a promoção do arquivamento se baseou na certeza absoluta, não é possível posteriormente modificar essa certeza para a realização de novas diligências que poderão ensejar a persecução criminal⁸. O mesmo entendimento incide no arquivamento promovido por ausência de tipicidade ou de culpabilidade. A tendência é de que, em nome da segurança jurídica, arquivamentos nos quais o órgão acusatório esgote o mérito e, como já mencionado, se manifeste com certeza a respeito dos fatos investigados, sejam imutáveis, razão por que somente seriam passíveis de desarquivamento aqueles procedimentos encerrados por insuficiência de elementos aptos a fundamentar a acusação (indícios de autoria e prova da materialidade delitiva).

Mas o STF, ao julgar *habeas corpus* que tratava da retomada de inquérito policial que havia sido arquivado com fundamento no estrito cumprimento do dever legal, asseverou:

“A decisão da Justiça Militar, na hipótese em comento, não afastara o fato típico ocorrido, mas sim sua ilicitude, em razão do estrito cumprimento do dever legal, que o Ministério Público entendera

7. Ob. cit. p. 385-6.

8. REsp 791471/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 16/12/2014.

provado a partir dos elementos de prova de que dispunha até então. Nesse diapasão, o eventual surgimento de novos elementos de convicção teria o condão de impulsionar a reabertura do inquérito na justiça comum, a teor do art. 18 do CPP (“Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”). Na espécie, a simples leitura das provas constantes dos autos apontaria uma nova versão para os fatos delituosos, em consequência do prosseguimento das investigações na justiça comum, não havendo impedimento legal para a propositura da nova ação penal contra o paciente naquela seara. Vencido o Ministro Teori Zavascki (relator), que entendia estar configurada a coisa julgada material⁹⁻¹⁰.

Note-se que a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou a redação do art. 28 do CPP para dispor que “Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará a vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”. Essa nova arquitetura tirava o juiz do controle do arquivamento. Contudo, essa nova redação foi contestada em ações diretas de inconstitucionalidade, (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305). No julgamento, realizado na sessão plenária de 24 de agosto de 2023, o STF conferiu ao *caput* do art. 28 interpretação conforme para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei.

O STF reintroduziu, portanto, a função do juiz no arquivamento do inquérito policial, o que basicamente restaura o procedimento anterior (que, de qualquer modo, vinha sendo mantido por meio de medida cautelar nas mesmas ações). Se tivesse sido confirmada a nova redação do art. 28, a discussão a respeito da imutabilidade do ato de arquivamento fundamentado em atipicidade ou em exclusão da ilicitude ou da culpabilidade deveria mudar o foco, pois, sendo o controle exclusivamente ministerial, sem decisão judicial coparticipando, se a denúncia exumasse investigação arquivada sob aqueles fundamentos se revelaria a falta de pressuposto processual, objeto de rigorosa análise do juiz no momento do recebimento da inicial (art. 395 CPP) ou da absolvição sumária (art. 397 CPP). Mas, como no sistema vigente permanece o controle do arquivamento da investigação pelo do juiz, ainda faz sentido discutir se a decisão forma coisa julgada material.

9. HC 125101/SP, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 11/09/2015.

10. Por maioria, o tribunal reiterou a orientação ao julgar, em 23/03/2017, o HC 87.395/PR. No caso, o inquérito policial havia sido arquivado por exclusão da ilicitude com fundamento em provas falsas, e o tribunal concluiu que nessa situação o arquivamento também pode ser revertido.

Passaremos a estudar as várias descriminantes trazidas pelo artigo 23 do Código Penal, como também o consentimento do ofendido.

3.1. Estado de necessidade

Nos termos do artigo 24 do Código Penal, “*Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*”.

Percebe-se que a noção de estado de necessidade remete a ideia de sopesamento de bens diante de uma situação adversa de risco de lesão: se há dois bens em perigo, permite-se que seja sacrificado um deles, pois a tutela penal, nas circunstâncias do caso concreto, não consegue proteger a ambos.

Esclarece **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“O fundamento jurídico do estado de necessidade reside, portanto, no conflito de interesses que tal adversidade faz nascer, compelindo o sujeito ativo, em vista da situação de perigo que se descortina, a atuar, movido pelo instinto de conservação, para preservar e proteger seu próprio bem jurídico, ainda que à custa da violação de direito de outrem”¹¹.

☒ O estado de necessidade é faculdade ou direito?

Segundo **NÉLSON HUNGRIA**, a justificante retrata uma faculdade, pois, diante do perigo, abre-se a possibilidade de ação para a preservação do bem jurídico. De acordo com o autor, não se pode ter como direito o estado de necessidade porque a um direito corresponde necessariamente uma obrigação, mas, no contexto dessa justificante, nenhum dos titulares dos bens jurídicos envolvidos está obrigado a suportar a lesão.

ANÍBAL BRUNO, por sua vez, entende se tratar de um direito, mas exercido contra o Estado (não contra o titular do bem jurídico lesado), que está obrigado, diante da caracterização da eximente, a reconhecer a inexistência do crime.

Pode-se dizer que nenhuma das orientações deve ser completamente refutada, mas, antes, combinadas, pois ao mesmo tempo em que o estado de necessidade traduz uma faculdade entre os titulares dos bens jurídicos, caracteriza-se como um direito perante o Estado.

3.1.1. Requisitos do estado de necessidade

Da simples leitura do art. 24, depreendem-se os **requisitos objetivos** do estado de necessidade:

(A) Perigo atual

11. Ob. cit. p. 391.

O perigo atual aparece como primeiro requisito da situação de necessidade. Cuida-se do risco presente, real, gerado por fato humano, comportamento de animal (não provocado pelo dono) ou fato da natureza, sem destinatário certo.

Discute-se se o perigo iminente (prestes a desencadear-se) justifica a conduta pelo estado de necessidade. Diante do silêncio da lei, a maioria da doutrina ensina que o perigo iminente não autoriza a descriminante. **Flávio Monteiro de Barros**, no entanto, não sem razão anota:

“Cumpre, porém, não confundir o perigo atual ou iminente com a iminente realização do dano. Para a configuração do estado de necessidade, basta um perigo atual ou iminente; pouco importa se o dano irá produzir-se em brevíssimo tempo ou depois de passadas algumas horas. Se, por exemplo, o navio começa a afundar, já há um perigo atual. Se o naufrágio total ocorrer em poucos minutos, haverá perigo atual com dano iminente. Se, todavia, demorar algumas horas, haverá perigo atual com dano não iminente. Em ambos os casos, desde que inevitável o fato necessitado, o agente poderá invocar estado de necessidade, furtando, por exemplo, o único salva-vidas disponível. Cumpre destacar, contudo, que o estado de necessidade não pode ser invocado quando o perigo pode ser evitado por outro modo. Assim, o intervalo de tempo existente entre o perigo e a efetivação do dano, às vezes dificulta a invocação do estado de necessidade, porque nesse caso quase sempre o bem jurídico poderia ser salvo por outro modo”¹².

O estado de necessidade, quanto a existência do perigo, é classificado em: **real**, quando a situação de perigo efetivamente existe (exclui a ilicitude); **putativo**, quando o sujeito atua em face de perigo imaginário (não exclui a ilicitude, como veremos no capítulo das descriminantes putativas).

(B) Que a situação de perigo não tenha sido causada voluntariamente pelo agente.

Não pode invocar estado de necessidade aquele que “*provocou por sua vontade*” o perigo.

De acordo com as lições da maioria, a expressão “voluntariamente” é indicativa somente de dolo, não abrangendo a culpa em sentido estrito. Assim, diante do perigo gerado por incêndio, o seu causador doloso não pode invocar a descriminante, mas o negligente pode.

MIRABETE discorda:

“Diante da norma do art. 13, § 2º, ‘c’, do CP, que obriga agir para evitar o resultado aquele que, com seu comportamento anterior (ainda que culposos), criou o risco da ocorrência do resultado, forçoso concluir que se deve excluir o estado de necessidade também

12. Ob. cit. p. 314.

nos crimes comissivos quando o agente provocou culposamente o perigo”¹³.

(C) Salvar direito próprio ou alheio

O estado de necessidade se configura quando o agente, diante da real situação de perigo, busca salvar direito próprio (**estado de necessidade próprio**) ou direito alheio (**estado de necessidade de terceiro**).

Na salvaguarda do interesse alheio é indispensável a autorização ou posterior ratificação do titular do direito ameaçado? **FLÁVIO MONTEIRO**, com precisão, responde:

“O estado de necessidade de terceiro inspira-se no princípio da solidariedade humana. Tratando-se, porém, de bens disponíveis, alguns autores sustentam a necessidade da aquiescência do titular do direito exposto a perigo de lesão. Não procede o raciocínio, pois a vontade do terceiro em perigo, como dizia La Medica, não é tomada em consideração; é substituída pela vontade do agente, juridicamente superior. Sobremais, em muitos casos não há nem tempo para pedir a concordância do terceiro”¹⁴.

(D) Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo.

Conforme preceitua o §1º do artigo 24 do Código Penal: “*Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo*”.

Quer o dispositivo se referir a pessoas que, em razão da função ou ofício, têm o dever legal de enfrentar a situação de perigo (desde que possível de ser enfrentado), não lhes sendo lícito sacrificar bens alheios para a defesa do seu próprio direito.

☒ Quais personagens possuem esse dever?

Parcela da doutrina entende por **dever legal** apenas aquele derivado de mandamento legal (art. 13, § 2º, “a”, do CP). A maioria, contudo, atenta a Exposição de Motivos do Código Penal, discorda, tomando a expressão (dever legal) no seu sentido amplo, abrangendo, assim, o conceito de **dever jurídico** (art. 13, § 2º, “a”, “b” e “c”, do CP). É o que pensa **Nucci**:

“O dever legal é o resultante de lei, considerada esta em seu sentido lato. Entretanto, deve-se ampliar o sentido da expressão para abranger também o dever jurídico, aquele que advém de outras relações previstas no ordenamento jurídico, como o contrato de trabalho ou mesmo a promessa feita pelo garantidor de uma situação qualquer. Identicamente: Bento de Faria (Código Penal brasileiro comentado, v. 2, p 197). No prisma da ampliação do significado, pode-se citar o disposto na Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940

13. Ob. cit. p. 173.

14. Ob. cit. p. 315-6.

(não alterada pela atual, como se vê no item 23): 'A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um especial dever jurídico'. Por isso, tem o dever de enfrentar o perigo tanto o policial (dever advindo da lei), quanto o segurança particular contratado para a proteção de seu empregador (dever jurídico advindo do seu contrato de trabalho). Nas duas situações, não se exige da pessoa encarregada de enfrentar o perigo qualquer ato de heroísmo ou abdição de direitos fundamentais, de forma que o bombeiro não está obrigado a se matar, em um incêndio, para salvar terceiros, nem o policial a enfrentar o perigo irracional somente pelo disposto no art 24, § 1º. A finalidade do dispositivo é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furem ao seu compromisso"¹⁵.

(E) Inevitabilidade do comportamento lesivo

O comportamento deve ser absolutamente inevitável para salvar o direito próprio ou de terceiro diante da concreta situação de perigo. É preciso que o único meio para salvar o direito próprio ou de terceiro seja o cometimento do fato lesivo, sacrificando-se bem jurídico alheio. O caso concreto dirá se o comportamento lesivo era ou não inevitável. Assim, mostrando-se viável a fuga do boi bravo que se encaminha para o ataque, esta opção deve ser escolhida, inexistindo estado de necessidade caso o agente resolva matar o animal.

Quanto ao **terceiro que sofre a ofensa**, o estado de necessidade classifica-se em: **defensivo**, quando o agente, ao agir em estado de necessidade, sacrifica bem jurídico do próprio causador do perigo; e **agressivo**, quando o bem sacrificado é de terceiro que não criou ou participou da situação de perigo¹⁶.

(F) Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado

No estudo do fato necessitado, impõe-se a análise da ponderação de bens, leia-se, a proporcionalidade entre o **bem protegido** e o **bem sacrificado**.

Duas teorias discutem a matéria:

15. *Código Penal Comentado*. Ob. cit. p. 225.

16. No estado de necessidade defensivo, o agente não tem a obrigação de reparar o dano. De modo diverso ocorre no agressivo, situação em que o dano gerado ao terceiro que não criou a situação de perigo deverá ser reparado, admitindo-se, todavia, ação regressiva contra o causador do risco. Isso decorre da diferenciação havida entre a excludente da ilicitude em exame e as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima). A primeira afasta a conduta a contrariedade ao direito, mas não previne, de maneira absoluta, a obrigação de indenizar os danos causados. Assim, o agente que, para afastar o perigo causado pelo ataque de um cão feroz, sobe na capota de um veículo que não pertence ao dono do animal e provoca um dano, deve repará-lo. E não é somente no estado de necessidade agressivo que a reparação pode se impor, tendo em vista, por exemplo, a possibilidade de que ocorra dano a terceiro na legítima defesa com erro na execução. No caso, não obstante seja lícita a conduta, há o dever de indenizar quem não praticava a agressão, mas foi acidentalmente atingido pelo ato de quem a repelia. As excludentes de responsabilidade civil, por outro lado, não geram o dever de reparação diante da inexistência de nexo causal.

(i) **Teoria diferenciadora** – se o bem jurídico sacrificado tiver valor menor ou igual ao do bem jurídico salvaguardado, haverá estado de necessidade justificante (excludente de ilicitude); se o bem sacrificado tiver valor maior que o bem protegido, haverá estado de necessidade exculpante (excludente da culpabilidade).

(ii) **Teoria unitária** – não reconhece o estado de necessidade exculpante, mas apenas o justificante (que exclui a ilicitude). Assim, se o comportamento do agente, diante de um perigo atual, busca evitar mal maior, sacrificando direito de igual ou menor valor que o protegido, pode-se invocar a descriminante do estado de necessidade; se o bem jurídico sacrificado for mais valioso que o protegido, haverá redução de pena.

	Proporcionalidade		
	Bem protegido	Bem sacrificado	Estado de necessidade
Teoria Diferenciadora	Valor maior ou igual	Valor menor ou igual	Justificante
	Valor menor	Valor maior	Exculpante
Teoria Unitária	Valor maior ou igual	Valor menor ou igual	Justificante
	Valor menor	Valor maior	Hipótese de redução de pena.

Suponhamos que JOÃO, para salvar sua vida em risco, sacrifica o patrimônio de ANTONIO. Para as duas teorias JOÃO pode invocar estado de necessidade, excluindo a ilicitude do seu comportamento. Imaginemos situação inversa: JOÃO, para salvar seu patrimônio em perigo, mata ANTONIO. Para a teoria diferenciadora, pode o caso configurar causa de exclusão da culpabilidade (estado de necessidade exculpante); já para os adeptos da teoria unitária, JOÃO praticou crime, incidindo, conforme as circunstâncias, causa de diminuição de pena.

O Código Penal, como se percebe da redação do § 2º, do art. 24, adotou a teoria unitária: “§ 2º. *Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito quando ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços*”¹⁷.

No julgamento do grau de importância do bem jurídico protegido em confronto com o bem jurídico sacrificado, deve ser considerado um sistema objetivo, de hierarquia de bens jurídicos em abstrato de acordo com princípios, regras e valores constitucionais, sem ignorar as circunstâncias do caso concreto, em especial, o estado de ânimo do agente.

Por fim, **Francisco de Assis Toledo**, não sem razão, alerta:

“Havendo conflito entre deveres de igual valor, predomina a manutenção da situação preexistente. Não pode, pois, o médico, diante

17. O Código Penal Militar, por sua vez, acolheu a teoria diferenciadora (art. 39 e art. 45, parágrafo único).

de dois pacientes necessitando de socorro e só dispondo de um único aparelho salvador, cessar o socorro já iniciado, em relação a um, para instalar o aparelho no que chegou por último, com sacrifício da vida do primeiro”¹⁸.

(G) Conhecimento da situação de fato justificante.

Aos requisitos objetivos acima enunciados, a doutrina acrescenta um de caráter **subjetivo**, justamente o conhecimento da situação de fato justificante (consciência e vontade de salvar direito próprio ou alheio).

Em resumo, o estado de necessidade tem as seguintes espécies:

Quanto à titularidade	1) estado de necessidade próprio – quando se protege bem jurídico próprio; 2) estado de necessidade de terceiro – quando o agente protege bem jurídico alheio;
Quanto ao elemento subjetivo do agente	1) estado de necessidade real – a situação de perigo existe; 2) estado de necessidade putativo – o agente imagina situação de perigo inexistente (perigo imaginário). Não exclui a ilicitude. Sendo inevitável o erro, isenta o agente de pena; se evitável, responde por crime culposos.
Quanto ao terceiro que sofre a ofensa	1) estado de necessidade defensivo – o agente, ao agir em estado de necessidade, sacrifica bem jurídico do próprio causador do perigo; 2) estado de necessidade agressivo – o agente, ao agir em estado de necessidade, se vê obrigado a sacrificar bem jurídico de terceiro alheio à criação da situação de perigo. Apesar de lícito penalmente, configura ilícito civil, passível de indenização e posterior ação regressiva.

☑ Cabe estado de necessidade em crime habitual e permanente?

Exigindo a lei como requisitos o perigo atual, a inevitabilidade do comportamento lesivo e a não razoabilidade de exigência do sacrifício do direito ameaçado, referindo-se às “circunstâncias” do fato, não se tem admitido estado de necessidade nos delitos habituais (que demandam, para sua configuração, reiteração de atos) e permanentes (cuja consumação de se prolonga no tempo, perdurando enquanto não cessada a permanência).

Dentro desse espírito, não pode alegar estado de necessidade quem exercita ilegalmente a medicina (crime habitual), ainda que tenha como fim suprir a falta de profissional em zona distante do centro urbano, ou a mãe que submete o filho ao cárcere privado (delito permanente) para impedi-lo de continuar usando drogas. Esses comportamentos, porém, apesar de típicos e ilícitos, conforme as circunstâncias do caso concreto podem configurar inexigibilidade de conduta diversa, excluindo a culpabilidade do seu autor.

☑ O furto famélico é crime?

Entendido como o furto praticado para saciar a fome, o furto famélico tem sido reconhecido pela jurisprudência como exemplo típico de conduta praticada em estado de

18. Ob. cit. p. 175-6.

necessidade, desde que presentes os seguintes requisitos: (A) que o fato seja praticado para mitigar a fome; (B) que seja o único e derradeiro recurso do agente (inevitabilidade do comportamento lesivo); (C) que haja a subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência; (D) a insuficiência dos recursos adquiridos pelo agente com o trabalho ou a impossibilidade de trabalhar.

☑ **É possível estado de necessidade contra estado de necessidade?**

É perfeitamente possível duas pessoas enfrentarem o mesmo perigo. Nesse cenário, não se exige do titular do bem em risco o dever de permitir o sacrifício ao seu direito quando diante da mesma situação de perigo do outro. É o denominado estado de necessidade recíproco, exemplificado pela doutrina com o caso dos dois naufragos que disputam o único salva-vidas. O interesse dos dois parece claramente legítimo, ficando o direito penal, nas circunstâncias, neutro.

☑ **O estado de necessidade é comunicável?**

Considerando que o estado de necessidade exclui a ilicitude, se o fato típico for cometido por mais de um agente em coautoria ou participação, todos serão beneficiados pela excludente.

3.1.2. Estado de necessidade e erro na execução

É possível que o agente, no momento em que pratica o fato para salvar de perigo direito próprio ou alheio, acabe atingindo, **por erro na execução**, bem jurídico de terceiro. Neste caso, aplicando-se o disposto no art. 73 do Código Penal, considera-se cometido o fato contra a pessoa ou o objeto pretendido, não contra aquele efetivamente atingido em decorrência do erro. Considerando que, em relação ao que visava, o agente estava acobertado pela justificante, não há crime. Exemplo comum na doutrina é o do agente que, pretendendo efetuar disparos de arma de fogo contra um cão raivoso que o atacava, acaba atingindo uma pessoa que se encontrava nas imediações. Neste caso, caracterizado o estado de necessidade na conduta em relação ao ataque do animal, a morte ou as lesões eventualmente causadas na pessoa erroneamente afetada não caracterizarão infração penal.

Esta situação, é bom notar, **não se confunde** com a do estado de necessidade agressivo. Neste último caso, não há erro; diante da impossibilidade de salvaguardar o direito por outro meio, o agente **dirige sua conduta** contra bem jurídico alheio. No exemplo do ataque animal, é o caso do agente que, para se esquivar, sobe em um veículo estacionado na via pública, danificando a lataria.

3.2. Legítima defesa

Quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, justifica a sua conduta pela legítima defesa, segundo preceitua o artigo 25 do Código Penal.

Nucci, lembrando **Jescheck**, explica os fundamentos da descriminante¹⁹:

“A legítima defesa tem dois ângulos distintos, mas que trabalham conjuntamente: **a)** no prisma jurídico individual, é o direito que todo homem possui de defender seus bens juridicamente tutelados. Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou o ordenamento jurídico; **b)** no prisma jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto, daí por que a legítima defesa manifesta-se somente quando for essencialmente necessária, devendo cessar no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito ou, ainda, em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. É desse contexto que se extrai o princípio de que a legítima defesa merece ser exercida da forma menos lesiva possível”²⁰.

3.2.1. *Requisitos da legítima defesa*

São requisitos da legítima defesa:

(A) **Agressão injusta**

Entende-se por **agressão** a conduta (ação ou omissão) humana que ataca ou coloca em perigo bens jurídicos de alguém²¹.

Para **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio Molina**, esse ataque pode ser doloso ou culposos²². Ousamos discordar. A agressão, para caracterizar legítima defesa, deve ser dirigida, com destinatário certo, pois, do contrário, caracteriza perigo atual (sem destinatário determinado), permitindo, conforme as circunstâncias, a descriminante do estado de necessidade. Logo, se diante de um carro desgovernado, o pedestre, para salvar a sua vida, sacrifica bem jurídico de terceiro, agiu em estado de necessidade (e não legítima defesa).

Injusta é a agressão contrária ao direito, não necessariamente típica. O “furto de uso”, por exemplo, atípico por ausência de dolo (vontade de apoderamento definitivo da coisa) pode ser rebatido, com moderação, pelo dono da coisa ameaçada ou atacada injustamente.

19. Houve, na doutrina alemã, quem tratasse a legítima defesa como excludente da culpabilidade, consistente na coação moral a que o agredido estaria submetido; a injusta agressão provocaria tal alteração de ânimo que o fato correspondente à reação não seria culpável. Essa doutrina não se sustenta por presumir que todas as formas de legítima defesa ocorrem por meio de reação irascível, destemperada, o que não é verdade. Além disso, sob esse argumento não se permitiria a legítima defesa de terceiro, em que não há a tal desordem anímica.

20. *Código Penal Comentado*. Ob. cit. p. 226.

21. O ataque de um animal caracteriza, em regra, perigo atual. Quem mata animal para se defender atua em estado de necessidade. Situação diversa se apresenta quando o homem se vale de um animal para atacar alguém, caracterizando, nesse cenário, agressão injusta, permitindo ao agredido atuar em legítima defesa, matando o animal (utilizado como instrumento do crime).

22. Ob. cit. vol. 2, p. 317.

Uma vez constatada a injusta agressão, o agredido pode rebatê-la, não se lhe exigindo a fuga do local, ainda que esta seja viável. Pode-se concluir que o “*commodus discessus*” (saída mais cômoda) é obrigação presente apenas no estado de necessidade, em que a inevitabilidade do dano é um dos requisitos objetivos.

Alerta a doutrina que a injustiça da agressão independe da consciência do agressor. Inimputáveis, por exemplo, podem cometer agressões injustas (por eles não compreendidas), autorizando o agredido invocar legítima defesa.

Para **Claus Roxin**, contudo, não se deve conceder a ninguém um direito ilimitado de legítima defesa face à agressão de um inimputável, de modo que a excludente em estudo não se aplica a todas as situações. A agressão praticada por criança de cinco anos contra um adulto, por exemplo, não deve gerar para o maior um direito absoluto de reação, sendo preferível (e esperado), nas circunstâncias, evitar o embate.

Deve ser lembrado que o provocador da injusta agressão pode atuar em legítima defesa. Suponhamos que JOÃO surpreende sua esposa na cama com ANTONIO. ANTONIO, certamente, aparece na situação como provocador, o que não o impede de agir em legítima defesa se JOÃO armar-se para ceifar a sua vida. **Flávio Monteiro de Barros**, no entanto, bem lembra duas hipóteses em que o provocador não pode invocar a legítima defesa:

“a) Quando a provocação constitui verdadeira agressão. Exemplo: “A” provoca “B” desferindo-lhe socos. “B” para conter a fúria do desafeto, reage com moderação, aplicando-lhe golpes de bastão. Nesse caso, vindo “A” a matar “B”, não poderá arguir a legítima defesa.

b) Quando a provocação constitui pretexto de legítima defesa, isto é, tem o escopo de criar uma situação de legítima defesa para justificar a morte do provocado. Aliás, diga-se de passagem, esse tipo de provocação constitui agressão. Exemplo: “A”, desejando eliminar “B”, faz este surpreendê-lo em flagrante adultério com sua esposa, matando-o quando ele sacava do revólver e estava prestes a atirar. Nesse caso, “A” responde pelo crime”²³.

A legítima defesa, quanto a existência da injusta agressão, é classificada em: **real**, quando o ataque efetivamente existe (exclui a ilicitude); **putativa**, quando o sujeito atua em face de agressão imaginária (não exclui a ilicitude, como veremos no capítulo das descriminantes putativas).

(B) Atual ou iminente

Agressão atual é a presente, a que está ocorrendo. Iminente é a que está prestes a ocorrer. Não se admite legítima defesa contra agressão passada (vingança) ou futura (mera suposição)²⁴.

23. Ob. cit. p. 333.

24. A agressão futura, porém **certa**, pode gerar para aquele que se antecipa na repulsa, uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, eliminando a sua culpabilidade. É chamada pela doutrina de legítima defesa preventiva ou antecipada.

Importante a observação feita por **Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**:

“O caráter atual ou iminente da agressão exige que se determine o momento no qual dita agressão começa e termina, para os fins de legítima defesa. Quanto ao momento do começo, uma parte da doutrina exige a realização do delito em grau de tentativa. Entretanto, esta posição exclui determinadas condutas, como alguns atos preparatórios que evidenciam uma tentativa iminente, ou as hipóteses de não serem consideradas como parte de uma autêntica agressão, dificultar-se-ia enormemente as possibilidades de defesa (conforme Roxin). Por este motivo, deve-se incorporar a fase final dos atos preparatórios, mas não os momentos anteriores, nem a tentativa inidônea”²⁵.

Neste ponto, destacamos a hipótese de legítima defesa postergada, em que, sob a ótica do direito, a agressão se finalizou, mas, concretamente, do ponto de vista do ofendido, ainda persiste. É o caso, por exemplo, de alguém que, despojado de seus bens pelo roubador, o ataca logo em seguida, para recuperar os objetos subtraídos. Se a vítima teve de recuperar os bens, conclui-se, de acordo com a corrente dominante, que o roubo já estava consumado, e, portanto, a agressão injusta havia cessado.

Neste caso, a rigor, a ação da vítima contra o autor do roubo não estaria justificada, pois ausente um dos requisitos da legítima defesa, qual seja, a agressão atual ou iminente. E, num cenário ainda mais excêntrico, podemos concluir que o roubador, diante da agressão injusta cometida pela vítima da subtração, teria a situação revertida a seu favor para se beneficiar da legítima defesa.

Esta seria a solução se aplicada a literalidade do art. 25 do Código Penal. Não obstante, trata-se, obviamente, de clara falta de equidade, em que a incidência de tecnicidade acarreta a punição de alguém que evidentemente está agindo para proteger bem jurídico de sua titularidade e que não tem, no fervor do momento, condição de avaliar a exata extensão da conduta criminosa contra si praticada.

A solução mais justa, em casos tais, é estender a percepção do que constitui a agressão atual. Se a agressão cometida pelo agente enseja a reação imediata da vítima, ainda que, na esfera do tempo do crime, tenha havido consumação, é justo que se viabilize a incidência da excludente da ilicitude.

☒ **É possível legítima defesa no crime de rixa?**

Inicialmente, desataca-se, sem dificuldade, que o indivíduo alheio à contenda, caso seja alvo de agressão, e o que intervém para fazê-la cessar podem perfeitamente se defender contra qualquer dos rixosos.

Entre os praticantes do crime, todavia, não há, em regra, possibilidade de legítima defesa porque as agressões cometidas naquele contexto – uns contra os outros – são todas

25. Ob. cit. p. 402.

injustas. Logo, aquele que pratica uma agressão injusta não pode se defender de outra agressão injusta. Não obstante, é possível que, em dado contexto, um dos contendores extrapole os limites e passe a atuar de modo que destoe do ânimo conflitivo dos demais, o que altera a perspectiva da injustiça da agressão, que, se antes era generalizada, agora se concentra na conduta que se extrapolou. Assim, se todos se agridem mutuamente de mãos limpas, mas, a certa altura, um dos rixosos se apossa de uma arma de fogo, torna-se possível a legítima defesa contra aquele que a está utilizando.

(C) Uso moderado dos meios necessários

O legislador, com o presente requisito, quer assegurar proporcionalidade entre o ataque e a defesa.

Para repelir a injusta agressão (ataque), deve o agredido usar de forma **moderada o meio necessário** que servirá na sua defesa (contra-ataque).

Entende-se como necessário o meio menos lesivo à disposição do agredido no momento da agressão, porém capaz de repelir o ataque com eficiência.

Encontrado o meio necessário, deve ser ele utilizado de forma moderada, sem excessos, o suficiente para impedir a continuidade da ofensa.

É óbvio que o magistrado deverá julgar esse requisito objetivamente, sem desconSIDERAR as condições de fato, do caso concreto. Sobre o tema, **Nélson Hungria**, há muito, já orientava:

“A apreciação deve ser feita objetivamente, mas sempre de caso em caso, segundo um critério de relatividade, ou um cálculo aproximativo; não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente; não se pode exigir uma perfeita equação entre o *quantum* da reação e a intensidade da agressão”²⁶.

Em que pese a doutrina, quase sempre, na aferição do presente requisito, usar balizas objetivas, não se pode ignorar também peculiaridades subjetivas do agente e do agressor. O estado de ânimo, porte físico, nível de instrução, os hábitos e modo de vida dos envolvidos, por exemplo, podem influenciar na formação de um juízo de equidade. Nesse mesmo sentido, explica Andreas Eisele:

“Para tanto, devem ser ponderadas as circunstâncias concretas do fato e as características pessoais dos sujeitos, pois não existe um referencial objetivo predeterminado que defina o grau de moderação exigível do sujeito para a realização do comportamento justificado.

Embora a valoração da moderação seja realizada posteriormente, com o conhecimento efetivo das consequências concretas da conduta, o referencial da valoração deve ser formado pelas características da situação anterior à sua implementação, e o grau de previsibilidade exigível do sujeito em relação a tais consequências deve

26. Ob. cit. vol. 1 t. II, p. 302.

ser formulado com base nas circunstâncias da situação em que ele se encontrava.

De todo modo, a classificação da necessidade e moderação possui um âmbito de vagueza, pois é formulada com base em critérios culturais e normativos, cuja definição deve ser estabelecida pelo intérprete com base em referenciais de conteúdo ético. Não obstante, o que define a necessidade e a moderação não é a opinião do sujeito que realiza o fato típico, mas a análise e valoração da situação pelo intérprete. Caso a avaliação do sujeito sobre a necessidade ou a moderação seja equivocada, a conduta não será justificada. Porém, tal equívoco será aferido no âmbito da culpabilidade, devido à possibilidade de configuração da diminuição da reprovabilidade correspondente ao fato, ou mesmo da tolerância ético-social da conduta realizada no contexto correspondente, o que será valorado conforme os critérios de exigibilidade ou não de uma conduta diversa por parte do sujeito.

Em qualquer caso, para a aferição da necessidade da atuação defensiva deve ser considerada sua utilidade, com a possibilidade de se evitar a lesão ao bem jurídico, impedindo sua afetação concreta (no todo ou em parte), ou restabelecendo de forma imediata e direta a situação anterior à agressão, pois se a atuação for potencialmente inútil à finalidade, não será necessária. Por exemplo, se alguém está prestes a agredir o sujeito, não seria idônea à defesa a destruição do automóvel do agressor”.²⁷

Há na doutrina quem sustente que o ato de repelir a injusta agressão pode ocorrer por omissão. É o que salienta **Fernando de Almeida Pedroso**:

“A repulsa à agressão sofrida, como meio de conjurá-la, pode tonalizar-se por omissão. É o caso de duas pessoas que estão em um iate em alto-mar: o agente, fraco e magro, é agredido pelo seu companheiro de viagem, forte e musculoso – começam a lutar e o agressor, que não sabia nadar, cai n’água; o agente não o salva, omitindo-se, e o deixa afogar-se. Igual: o guia de safári que, ouvindo às espreitas daqueles que o contrataram sua iminente sentença de morte, para que lhe fossem subtraídos os pertences, abandona-os à própria sorte em inóspito e para eles desconhecido pantanal e selva africanos”²⁸.

(D) Proteção do direito próprio ou de outrem

Admite-se legítima defesa no resguardo de qualquer bem jurídico (vida, integridade física, honra²⁹, patrimônio, dignidade sexual etc.) próprio (legítima defesa **própria** ou “*in persona*”) ou alheio (legítima defesa **de terceiro** ou “*ex persona*”).

27. Ob. cit. p. 521.

28. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Legítima defesa*. RT. vol. 2. p. 1215/1252. Out/2010.

29. O STJ negou provimento a recurso especial interposto por um indivíduo que, denunciado por matar a esposa estrangulada após uma festa, buscava a absolvição sumária por legítima defesa da honra. O

Não se impõe a observância de proporcionalidade entre o bem jurídico injustamente atacado e aquele atingido no exercício da legítima defesa. Não há escala de valor entre os bens em conflito, nem há direito que se deva admitir violado sob o pretexto da maior relevância do direito do agressor. A proporcionalidade que deve ser observada, como vimos na análise do uso moderado dos meios necessários, é a da relação entre a forma como se deu o ataque e a forma como ocorre a defesa. Noutras palavras, nada impede que alguém que tenha seu patrimônio atacado num furto invista contra a integridade física do furtador para fazer cessar a injusta agressão, desde que, aí sim, o faça proporcionalmente (moderadamente).

A legítima defesa de terceiro não depende de sua autorização, desde que, evidentemente, o bem jurídico que se pretende defender seja indisponível, como a vida. Aliás, é possível até mesmo que o agente invista contra alguém prestes a se suicidar e, atingindo-lhe a integridade física, ponha a salvo sua vida. Por outro lado, se o bem jurídico for disponível, como o patrimônio, o agente que atue contra a vontade do titular o fará ilicitamente, embora, nesse caso, o mais provável seja que proceda em legítima defesa putativa. De fato, é difícil vislumbrar a situação em que alguém se pusesse a proteger o patrimônio de outrem contra a vontade expressa do titular; mas é possível (e mais verossímil) que alguém busque defender o patrimônio de terceiro imaginando que o ataque seja injusto, sem o consentimento do titular.

(E) Conhecimento da situação de fato justificante

Deve o agente conhecer as circunstâncias do fato justificante, demonstrando ter ciência de que está agindo diante de um ataque atual ou iminente (requisito subjetivo).

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) inseriu no art. 25 do Código Penal um parágrafo que dispõe o seguinte:

“Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”.

A alteração não parece trazer reflexos práticos, servindo, quando muito, como instrumento para melhor compreensão do instituto da legítima defesa no dia a dia dos agentes policiais e de segurança pública.

ministro Rogério Schietti Cruz repudiou o argumento da defesa segundo o qual a vítima teria adotado "atitudes repulsivas" e provocativas contra o marido, o que justificaria o reconhecimento de legítima defesa da honra e a absolvição sumária do réu. Disse o ministro: "Embora seja livre a tribuna e desimpedido o uso de argumentos defensivos, surpreende saber que ainda se postula, em pleno ano de 2019, a absolvição sumária de quem retira a vida da companheira por, supostamente, ter sua honra ferida pelo comportamento da vítima. Em um país que registrou, em 2018, a quantidade de 1.206 mulheres vítimas de feminicídio, soa no mínimo anacrônico alguém ainda sustentar a possibilidade de que se mate uma mulher em nome da honra do seu consorte". No caso, durante uma festa, a vítima teria dançado e conversado com outro rapaz, o que gerou a ira e despertou os ciúmes do marido, que estaria alcoolizado. Ela também teria dito que queria romper o relacionamento. Em casa, o homem apoderou-se de uma corda e laçou o pescoço da mulher, matando-a por asfixia.

Com efeito, se a justificante só tem cabimento quando observados os requisitos do *caput* do art. 25, estamos, ao fim e ao cabo, diante de um simples exemplo. Em outras palavras, mesmo antes da alteração legal, justificaria a sua conduta pela legítima defesa o agente policial ou de segurança pública que, na situação descrita, usando moderadamente dos meios necessários, prevenisse injusta agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Não bastasse, o parágrafo único inserido foge do ordinário, pois casuístico, ignorando o caráter genérico e impessoal que se exige do legislador na criação de tipos, incriminadores ou permissivos.

3.2.2. Legítima defesa e erro na execução

O agente, ao repelir a injusta agressão a direito seu ou de outrem, pode, por erro, atingir bem jurídico de um inocente. Nesse caso, parece evidente a situação de *aberratio ictus* e, consoante a regra do artigo 73 do Código Penal, a infeliz reação deve ser considerada como se praticada contra o real agressor, não descaracterizando a legítima defesa. Suponhamos que um atirador de elite, atuando na defesa da vítima sob a mira da arma de um perigoso latrocida, erra a execução e acaba por atingir a pessoa ameaçada (e não o agressor). Apesar de sofrer consequências na esfera civil, na criminal o atirador está acobertado pela discriminante da legítima defesa³⁰.

☒ É possível legítima defesa recíproca?

Pressupondo agressão injusta, não é possível duas pessoas, simultaneamente, agirem, uma contra a outra, na legítima defesa de seu interesse. Possível se mostra, porém, a legítima defesa *sucessiva*, caso em que o agressor se vê obrigado a se defender do excesso (abuso) dos meios defensivos utilizados pelo agredido.

A doutrina, não sem razão, admite legítima defesa de legítima defesa putativa. Por ser injusta, a legítima defesa putativa pode ser contida por quem se vê atacado por alguém que fantasiou situação de fato que não existe. Dentro desse espírito, também não se descarta a possibilidade de ocorrer legítima defesa putativa recíproca.

☒ Admite-se legítima defesa contra quem age em estado de necessidade?

A conduta praticada numa situação de necessidade não pode ser rotulada como injusta, mas como perigo atual.

Em resumo, assim podemos definir as principais diferenças entre a legítima defesa e o estado de necessidade:

30. Essa conclusão encontra resistência. Para Anibal Bruno e Flávio Monteiro de Barros, não havendo reação contra o injusto agressor (mas contra terceiro inocente), o atirador de elite poderia invocar estado de necessidade (e não legítima defesa).

Estado de necessidade	Legítima defesa
Conflito entre vários bens jurídicos diante da mesma situação de perigo.	Ameaça ou ataque a um bem jurídico
Pressupõe um perigo + atual + sem destinatário certo.	Pressupõe agressão humana + atual ou iminente + injusta + dirigida (com destinatário certo).
Os interesses em conflito são legítimos Conclusão: é possível estado de necessidade recíproco.	Os interesses do agressor são ilegítimos Conclusão: não é possível legítima defesa recíproca.

E assim como ocorre com o estado de necessidade, a legítima defesa não é compatível com o estrito cumprimento de um dever legal nem com o exercício regular de um direito, pois, em ambos os casos, se a ação é lícita, não pode ser injusta de forma a admitir que o agente a repila.

Exigindo-se a injustiça da agressão para que se legitime a defesa, podemos sintetizar as possibilidades da seguinte forma:

Possibilidades	Cabimento
Legítima defesa real x Legítima defesa real	Não se admite. A legítima defesa real não é uma agressão injusta, pressuposto da descriminante.
Legítima defesa real x Legítima defesa putativa	Admite-se. A legítima defesa putativa é injusta, autorizando reação legítima do agredido.
Legítima defesa real x Estado de necessidade real	Não se admite. Quem age em estado de necessidade protege, de acordo com o direito, um bem da vida, não caracterizando agressão injusta, pressuposto da legítima defesa.
Legítima defesa real x Estrito cumprimento de um dever legal ou exercício regular de direito	Não se admite. Se a ação é lícita porque praticada em estrito cumprimento de um dever legal ou em exercício regular de direito, não pode ser injusta de forma a admitir a repulsa.

3.2.3. Legítima defesa da honra nos crimes contra a vida

A Comissão Nacional da Mulher Advogada, do Conselho Federal da OAB, e a Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas, lideradas, dentre outras valorosas mulheres, pela jurista Alice Bianchini, apresentaram manifestação pública repudiando, não sem razão, a tese da “legítima defesa da honra” nos crimes contra a vida. Bem alertam que a sua propositura em plenário (e mesmo no decorrer do processo criminal), não pode ser admitida, visto que, confronta diretamente com um importante valor constitucional: a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana da mulher é frontalmente violada quando não se

respeita o seu direito de livremente determinar com quem, quando e onde pretende se relacionar. E, ainda, quando o exercício de tal direito é repreendido com a perda da sua vida. E, ainda, quando aquele que ceifa a vida da mulher que não mais quis se relacionar com ele tem sua ação justificada juridicamente, isentando de punição o autor do homicídio/feminicídio. É, portanto, indigno que, de forma direta ou indireta, a ação de matar alguém que exerceu um direito à sua liberdade possa receber respaldo jurídico de alguma ordem.

Ao se aceitar a possibilidade de arguição da tese de “legítima defesa da honra” o sistema de justiça afronta também outro dispositivo constitucional, que se representa, a um só tempo: (a) uma importante diretriz de enfrentamento à violência familiar e (b) um mandado constitucional de proteção a esse tipo de violência. Trata-se do art. 226, § 8º, que estabelece que:

“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Ademais de inconstitucional, referidas entidades alertam que a tese da “legítima defesa da honra” é inconvenção, por descumprir os comandos estabelecidos na:

– **Convenção Interamericana para prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher** – Convenção de Belém do Pará de 1994: estabelece que “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres”, e dispõe, no art. 7º, que os *“Estados-partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: [...] tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher”*³¹.

– **Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher – CEDAW/ONU e suas recomendações:** de forma bem objetiva e direta, a recomendação n. 19 do Comitê CEDAW, determina que “as medidas consideradas necessárias para superar a violência familiar devem incluir as seguintes: [...] Legislação para eliminar a “defesa da honra” no que respeita à violência ou morte de um familiar feminino”.³² No mesmo sentido encontramos a Recomendação n. 35/2017, também do Comitê CEDAW, no sentido de que os Estados membros apliquem medidas legislativas que afastem a utilização de práticas consuetudinárias que tolerem a violência de gênero, fundamentando-se na cultura, religião, ou privilégio masculino, tais como a chamada defesa da ‘honra’ (item 29, c, ii).

31. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em 18.11.20.

32. ONU. *Recomendação Geral nº 19 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (1992). Disponível em: <http://unhrt.pdhj.tl/por/violencia-contra-as-mulheres/>. Acesso em: 26 mar. 2018.

- **Corte Interamericana de Direitos Humanos:** “a legitimidade de uma sentença penal depende da observância dos parâmetros jurisprudenciais da Corte (Corte IDH. Caso de la Massacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparações e custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº. 163, par. 197).”³³

A comunidade internacional reunida na Organização das Nações Unidas (ONU) “já se manifestou, por mais de uma vez – há vários documentos a respeito – sua não aceitação e mesmo repúdio às práticas culturais desrespeitadoras dos direitos humanos das mulheres. A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, 1995, em sua Plataforma de Ação, item 224, estabeleceu que a violência contra as mulheres constitui ao mesmo tempo uma violação aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais e um óbice e impedimento a que desfrute deste direito. Ressalta a violência contra as mulheres derivada dos preconceitos culturais e declara que é preciso proibir e eliminar todo aspecto nocivo de certas práticas tradicionais, habituais ou modernas, que violam os direitos das mulheres.”³⁴

Ainda em sede de direito internacional dos direitos humanos, convém ressaltar que Organização dos Estados Americanos (OEA), acompanhando as manifestações feministas de seus Estados-partes, “considera o feminicídio como a expressão mais extrema e irreversível de violência e discriminação contra mulheres, que atenta radicalmente a todos os direitos e garantias estabelecidos nas leis internacionais e nacionais sobre direitos humanos. Este crime é um ato de ódio que distorce de forma extrema todo o sentido de humanidade. Consolida no tempo a visão hegemônica masculina sobre as mulheres como propriedade, objeto de transgressão e símbolo de fraqueza, reforçando a configuração da estrutura de poder do sistema patriarcal de dominação. A OEA reitera, ainda, que cabe aos Estados adotar e implementar medidas para punir esse crime na esfera privada e pública e, em particular, recomenda que a atenuante jurídica “emoção violenta” não seja usada para diminuir a responsabilidade dos feminicidas.”³⁵

Portanto, independentemente do ângulo de análise, interno ou internacional, a tese da legítima defesa da honra nos crimes contra a vida não tem fundamento justo, ou mesmo legítimo. Por isso, o plenário do STF considerou inconstitucional a tese no tribunal do júri:

“É inconstitucional — por contrariar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III), da proteção à vida (CF/1988, art. 5º, “caput”) e da igualdade de gênero (CF/1988, art. 5º, I) — o uso da tese da “legítima defesa da honra” em crimes de feminicídio ou de agressão contra mulheres, seja no curso do processo penal (fase pré-processual ou processual), seja no âmbito de julgamento no Tribunal do Júri. A técnica jurídica não reconhece essa tese

33. Citado no RHC 168796/SP. Relator: Min. Edson Fachin. J. 04.11.2020.

34. PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. “Legítima defesa da honra”: ilegítima impunidade dos assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. Cadernos Pagu, Campinas: Unicamp, p. 65-134, 2006. (Coleção Encontros).

35. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-10-21/defesa-da-honra-em-2020-o-stf-nao-pode-virar-as-costas-para-as-mulheres.html>>, 21 out. 2020. Acesso em: 17 nov. 2020.

como uma das hipóteses excludentes de ilicitude (CP/1940, arts. 23, II, e 25), eis que o ordenamento jurídico prevê que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal (CP/1940, art. 28, I). No Tribunal do Júri, a referida tese é usualmente suscitada, dada a prevalência da plenitude da defesa (CF/1988, art. 5º, XXXVIII), a qual admite a apresentação de argumentos extrajurídicos. Todavia, a “legítima defesa da honra” configura recurso argumentativo odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulheres para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no País. Logo, independentemente de ser invocado como argumento não jurídico inerente à plenitude da defesa, o uso da referida tese induz à nulidade do respectivo ato e do julgamento, porque representa prática destituída de técnica e incompatível com os objetivos fundamentais da República (CF/1988, art. 3º, I e IV), além de ofensiva à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e aos direitos à igualdade e à vida. Nesse contexto, a ordem constitucional vigente impõe ao Estado não somente a obrigação de criar mecanismos para coibir o feminicídio e a violência doméstica, mas o dever de não ser conivente e de não estimular tais comportamentos (CF/1988, art. 226, § 8º). Com base nesses entendimentos, o Plenário, por unanimidade, julgou procedente a arguição para: (i) firmar o entendimento de que a tese da “legítima defesa da honra” é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero; (ii) conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 23, II, e 25, caput e parágrafo único, ambos do Código Penal, e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de “legítima defesa da honra” (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; (iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade, na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese com esta finalidade; e (v) conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal, para entender que não fere a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri o provimento de apelação que anule a absolvição fundada em quesito genérico, quando, de algum modo, possa implicar a repristinação da odiosa tese da “legítima defesa da honra.”³⁶

36. ADPF 779, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 01/08/2023.

3.3. Estrito cumprimento de um dever legal

O agente público, no desempenho de suas atividades, não raras vezes é obrigado, por lei (em sentido amplo)³⁷, a violar um bem jurídico. Essa intervenção lesiva, dentro de limites aceitáveis, estará justificada pelo estrito cumprimento do dever legal, não se consubstanciando, portanto, em crime (art. 23, III, 1ª parte, do CP). De fato, seria de todo desarrazoado que a lei estabelecesse a prática de determinada atividade pelo agente e, ao mesmo tempo, impusesse-lhe pena caso esta atividade se subsumisse a algum fato típico. E no caso dessa discriminante, isso se torna ainda mais evidente porque, ao contrário do que ocorre no exercício regular de direito, aqui a lei obriga o agente a atuar; a punição consistiria em verdadeira teratologia.

Pense-se, a título de exemplo, no policial que emprega violência moderada (mas necessária) para concretizar a prisão em flagrante de perigoso assaltante, ou no Juiz que, na sentença, emite conceito desfavorável quando se reporta ao sentenciado. As condutas dos servidores (policial e juiz), apesar de típicas (lesão corporal e injúria, respectivamente)³⁸, estão justificadas pelo estrito cumprimento do dever legal (imposto pelos arts. 301 do CPP e 142, III, do CP).

O dever legal que fundamenta a discriminante é aquele decorrente de lei em sentido lato, ou seja, de qualquer diploma normativo emitido pela autoridade competente para deliberar a respeito. Assim, a conduta pode ser justificada pela lei em sentido estrito, pelo decreto ou pelo regulamento.

De igual forma, a decisão judicial, que aplica a lei e obriga, evidentemente, ao cumprimento, pode servir de fundamento para se estabelecer a licitude sobre determinado fato típico.

Também não podemos ignorar, como eximente, o ato administrativo, emitido em estrita correspondência com a lei. Imaginemos a situação em que a autoridade de trânsito emita uma portaria regulamentando a remoção de veículos estacionados irregularmente em via pública. Neste caso, embora o agente de trânsito que promova a remoção pratique um fato típico (subtração do veículo), não haverá ilicitude em virtude da determinação do ato emitido pela autoridade.

Alerte-se, contudo, que o ato administrativo deve ser dotado de efeitos gerais, pois, se veicula uma ordem específica, o estrito cumprimento de um dever legal cede espaço à obediência hierárquica, excludente da culpabilidade.

37. No estrito cumprimento do dever legal, o conteúdo da norma permissiva (deveres atribuídos ao agente) precisa ser complementado por outra norma jurídica, fenômeno que se assemelha à norma penal em branco, já analisada nesta obra.

38. Devemos recordar que, seguindo as premissas da teoria da **tipicidade conglobante**, a conduta do agente público sequer é típica, já que esse seu ato decorre de determinação legal, portanto, ato normativo.

☑ O particular pode invocar a descriminante do estrito cumprimento do dever legal?

A doutrina diverge. **MIRABETE** entende ser exclusiva dos agentes do Estado (abrangendo o particular somente quando no exercício de função pública)³⁹. A maioria, no entanto, discorda. **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**, por exemplo, lembra que:

“O advogado processado pelo delito de falso testemunho, porque se recusou a depor sobre fatos envolvendo segredo profissional, pode invocar a justificativa do estrito cumprimento do dever legal. Se, porém, o cliente havia autorizado a revelação do segredo, o advogado que, mesmo assim, recusa-se a depor pode invocar a excludente do exercício regular de direito”⁴⁰.

Por fim, o agente deve ter conhecimento (aspecto subjetivo) de que está praticando a conduta em face de um dever imposto pela lei.

3.4. Exercício regular de um direito

Previsto no artigo 23, III, 2ª parte, do Código Penal, concretiza a máxima: “onde existe o direito não há crime”.

Esta causa de justificação compreende condutas do cidadão comum autorizadas pela existência de direito definido em lei⁴¹ e condicionadas à regularidade do exercício desse direito⁴².

A execução de prisão em flagrante permitida a qualquer um do povo (art. 301 do CPP) é um claro exemplo de exercício regular de direito (*pro magistratu*). O Estado, não podendo estar presente para impedir a ofensa a um bem jurídico ou recompor a ordem pública, incentiva o cidadão a atuar em seu lugar.

A prática de determinados esportes pode gerar lesão corporal e até morte. Porém, não se pode ignorar que o Estado incentiva a prática esportiva (Lei 14.597/23 – Lei Geral do Esporte – arts. 3º a 10, abrangendo as modalidades violentas). O atleta, no seu mister, pode invocar a descriminante do exercício regular de direito.

Destacamos, no entanto, que não são justificáveis todas as ofensas corporais cometidas nas práticas desportivas. Há três categorias em que, para efeito deste estudo, as práticas desportivas podem ser divididas no que tange ao cometimento de lesões dolosas e sua (in)admissibilidade: a) lado-a-lado, em que não há disputa física entre os atletas, que desempenham sua função, embora no mesmo espaço, separadamente (corrida); b) uns contra os outros com possibilidade de lesão, em que o objetivo não é atingir a integridade

39. Ob. cit. p. 189.

40. Ob. cit. p. 343.

41. Tal como ocorre no estrito cumprimento do dever legal, também no exercício regular de um direito o conteúdo da norma permissiva (direitos do cidadão) precisa ser complementado por outra norma jurídica, fenômeno que se assemelha à norma penal em branco.

42. Para os adeptos da teoria da **tipicidade conglobante**, o exercício regular de direito fomentado migra da ilicitude para a tipicidade, como causa de exclusão.

física do adversário, mas, dada a natureza do esporte, é possível que ocorra a lesão (futebol, basquete); c) uns contra os outros com propósito de lesão, em que o objetivo dos atletas é a pugna, que certamente acarretará lesões e, em certos casos, a morte (boxe e outras formas de luta). Na primeira categoria, a investida corporal não é justificada no âmbito penal e pode acarretar punição (ex.: um corredor agride o outro para tirá-lo do caminho). Na segunda, mesmo que a lesão não seja o propósito, é possível que se justifique em determinadas disputas em que de certa forma seja inevitável (ex.: no futebol, uma investida agressiva do defensor para evitar o gol do adversário). Na terceira, a esfera de tolerância é muito maior, justificando-se mesmo as lesões de maior seriedade, pois inseridas no rol de condutas admitidas e sem as quais a modalidade esportiva não ocorreria.

Age no exercício regular de direito o possuidor de boa-fé que retém coisa alheia para ressarcir-se das benfeitorias necessárias e úteis não pagas (art. 1219 do Código Civil), bem como os pais que castigam (moderadamente) os filhos como meio de dirigir-lhes a criação e educação (art. 1634, I, do Código Civil).

São **requisitos** desta justificante: a **proporcionalidade**, a **indispensabilidade** e o **conhecimento** do agente de que atua concretizando seu direito previsto em lei.

3.4.1. A problemática dos “ofendículos”

Ofendículo (também conhecido como *offendicula* ou *offensacula*) representa o aparato preordenado para defesa do patrimônio (exs: cacos de vidro no muro, ponta de lança na amurada, corrente elétrica etc.).

Um assaltante, ao tentar invadir uma residência, se fere na lança que protege o imóvel. O proprietário da casa, obviamente, não responde por lesão corporal. Discute-se, no entanto, o fundamento da sua absolvição:

Agiu ele no exercício regular de um direito ou em legítima defesa?

De acordo com a lição da maioria, enquanto o aparato não é acionado, caracteriza exercício regular de um direito⁴³; ao funcionar repelindo a injusta agressão, configura a excludente da legítima defesa (legítima **defesa preordenada**).

Nesse sentido, explica **Fernando de Almeida Pedroso**:

“Crível é que o aparato preordenado, enquanto não funciona, inscreve-se no exercício regular de um direito. Todavia, se o *offendiculum* vem a funcionar, sua atuação não implica o exercício regular de direito, mas sim em legítima defesa”⁴⁴.

43. No Direito Civil, os ofendículos são exercício regular de direito para a proteção da posse. Incluem-se, na verdade, no direito de tapagem, disciplinado no art. 1.297, primeira parte, do Código Civil, que dispõe ter o proprietário o direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural. De acordo com Venosa, “são decorrentes da convivência de vizinhança e não exorbitam a finalidade dos tapumes, incluindo-se em seu custo” (*Direito Civil – Volume V – Direitos Reais*, Atlas, 2013, p. 325).

44. Ob. cit. p. 372.

No primeiro estágio – de disposição da armadilha –, inexistindo agressão injusta, atual ou iminente, obviamente age o sujeito dentro dos limites de seus direitos, dando proteção ao seu patrimônio ou vida. No segundo momento – de deflagração das *offendicula* –, presentes todos os requisitos legais, o ato adquire contornos de legítima defesa.

Há autores, no entanto, que distinguem o **ofendículo** da **defesa mecânica predisposta**. O primeiro representa aparato visível, configurando exercício regular de um direito, mas quando acionado. Já na hipótese da defesa mecânica predisposta, cuidando-se de aparato oculto, o caso será de legítima defesa.

Independentemente da corrente que se adota, importa alertar que o uso do ofendículo, traduzindo um direito do cidadão em defender seu patrimônio, deve ser utilizado com prudência e consciência, evitando excessos (puníveis). Como bem explica (e exemplifica) Noronha:

“Quem eletrifica a porta da sua casa, que dá para a calçada da rua, age com culpa manifesta, senão com dolo, pois qualquer transeunte pode tocar ou encostar nela. Entretanto, quem assim fizer com a porta de uma casa rodeada de jardins e quintais e cercada por altos gradis e muros não age com culpa *stricto sensu*. De observar ainda que na predisposição de meios deve haver também moderação (...). Para se proteger o patrimônio, v.g., com uma corrente elétrica, não é preciso que seja fulminante: uma descarga forte dissuadirá o mais animoso amigo do alheio”⁴⁵.

3.5. Consentimento do ofendido

Muito se discute na doutrina a importância do consentimento do ofendido no direito penal.

Inicialmente, deve ser esclarecido que a sua relevância depende se o dissentimento é ou não elementar do crime: se elementar, o consentimento exclui a tipicidade; não sendo elementar, pode servir como causa extralegal de justificação.

Na violação de domicílio (art. 150 do CP), por exemplo, o crime está estruturado precisamente no dissentimento do proprietário ou do possuidor direto (elemento do tipo) pelo que a sua falta faz desaparecer a própria tipicidade.

Já no furto (art. 155 do CP), não há referência ao não consentimento do proprietário, cuidando-se de circunstância exterior ao tipo legal. O consentimento do ofendido, renunciando a proteção legal, pode justificar a conduta típica.

São **requisitos** para que o consentimento do ofendido atue como causa supralegal de exclusão da ilicitude:

45. Ob. cit. p. 187-8.

(A) O dissentimento (não consentimento) não pode integrar o tipo penal (elementar do tipo)

Como alertado, se o dissentimento integrar a norma penal, como ocorre no citado artigo 150 do Código Penal, desaparece o próprio fato típico.

(B) O ofendido tem que ser capaz

A capacidade do ofendido é requisito da causa excludente. Sobre ela, adverte PAULO QUEIROZ:

“Como regra, não podem consentir validamente os menores de dezoito anos, nem incapazes de um modo geral (portador de doença mental etc.), motivo pelo qual, se o fizerem, o consentimento será inválido. Mas crimes há, como o estupro (art. 213), em que o consentimento poderá ser dado por pessoa maior de quatorze anos, visto que a presunção de vulnerabilidade cessa com essa idade (art. 217-A)”⁴⁶.

(C) O consentimento deve ser válido

A validade do consentimento reside na liberdade e consciência no momento da sua emissão. É dizer: não se admite o consentimento se sua obtenção ocorre mediante fraude, coação, erro etc.

(D) O bem deve ser disponível

Não se admite o consentimento quando ele versa sobre bem jurídico indisponível. Com efeito, sobre estes bens incide o interesse do Estado na sua tutela, de modo que não pode o particular renunciar à sua proteção. É o que ocorre com o direito à vida, *v.g.*, insuscetível de renúncia por parte do seu titular imediato, ainda que em situação de eutanásia, punida pelo nosso ordenamento (embora incida, na espécie, causa de diminuição de pena, vide art. 121, §1º, CP).

(E) O bem deve ser próprio

Não se pode consentir na lesão a bem alheio.

(F) O consentimento deve ser prévio ou simultâneo à lesão ao bem jurídico

O consentimento posterior à lesão do bem jurídico não exclui a ilicitude, podendo, entretanto, gerar reflexos no campo da punibilidade.

É o que adverte **Damásio de Jesus**:

“O consentimento deve ser manifestado antes ou durante a prática do fato. Se posterior, não tem força de excluir o crime, podendo valer como renúncia ou perdão nos casos de ação penal privada (CP, arts. 104 e 105)”⁴⁷.

46. Ob. cit., p.348.

47. Ob. cit., p. 443.

(G) O consentimento deve ser expresso

A doutrina tradicional não admite o consentimento tácito ou presumido. O consentimento deve ser claro e expresso, seja ele feito de maneira oral, gestual ou escrita, solenemente ou não.

A doutrina moderna, entretanto, tem admitido o consentimento tácito ou hipotético.

Explicam **Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**:

“Trata-se de uma hipótese que ocupa atualmente grande parte do debate doutrinário e jurisprudencial na Alemanha. Surge nas intervenções médicas curativas realizadas conforme a *lex artis*, mas nas que não se informou corretamente o paciente das consequências ou efeitos da intervenção. Pode-se afirmar, em princípio, que não houve consentimento válido. Todavia, uma parte da doutrina sustenta a aplicação do consentimento hipotético – encontrado no direito civil – em virtude do qual a atuação facultativa (específica) estaria justificada se o paciente tivesse consentido no tratamento (geral) para o qual foi corretamente informado”⁴⁸.

(H) Ciência da situação de fato que autoriza a justificante

Como nas demais descriminantes, exige-se que o agente aja sabendo estar autorizado pela vítima (elemento subjetivo). Assim, não atua amparado pelo consentimento do ofendido o sujeito que dolosamente causa lesão leve em seu amigo e, posteriormente, descobre haver uma carta expressando a autorização daquela mesma lesão, já que ausente o elemento subjetivo.

☑ A integridade física é bem jurídico disponível?

A doutrina moderna vislumbra na integridade física um bem jurídico disponível, exigindo, contudo, duas condições: tratar-se de lesão corporal de natureza leve; que o consentimento não contrarie a moral e os bons costumes.

Esse entendimento doutrinário foi reforçado pela Lei nº 9.099/95, que estabeleceu, nos casos de lesão leve, a ação penal pública condicionada à representação, exigindo a manifestação da vítima para o início da persecução criminal.

☑ É possível o consentimento do ofendido nos crimes culposos?

Nada impede a incidência da causa supralegal justificante nos delitos culposos, pois perfeitamente possível que a vítima aceite a conduta descuidada do agente e seja por esta atingida. Imagine-se a situação do condutor de uma motocicleta que pratica manobras imprudentes, arriscando a integridade física do passageiro, que, não obstante, estava no veículo justamente para que o condutor lhe demonstrasse tais manobras. Neste caso, se

48. *Ob. cit.*, p. 427.

houver lesão corporal no passageiro, pode-se invocar o consentimento do ofendido para afastar a ilicitude da conduta.

3.6. *Ticking Bomb Scenario Theory*: o emprego da tortura na iminência de um ato terrorista

Temos visto, especialmente após 11 de setembro de 2001, a implementação de diversas medidas preventivas e repressivas de atos terroristas em todo o mundo. Desde então, iniciaram-se protocolos para lidar com as situações de risco e aprovaram-se leis que inauguraram medidas excepcionais para prevenir ataques iminentes ou mesmo para investigar ataques já ocorridos.

No tocante à prevenção de atos terroristas, o emprego da tortura talvez tenha provocado o mais acalorado debate. Afinal, na iminência de um ataque, seria legítimo que o Estado empregasse técnicas de tortura para obter informações e impedir a morte de inocentes? Em caso positivo, qual seria a natureza jurídica dessa medida?

Inicialmente, cabe-nos sucintamente definir a *Ticking Bomb Scenario Theory* (Teoria do Cenário da Bomba-Relógio) como a situação extrema e emergencial na qual um agente estatal, com o propósito de obter informações específicas e essenciais, tortura suspeitos de conhecer ou integrar planos de ataques terroristas iminentes – que, portanto, expõem a perigo a vida de um grande número de pessoas –, a fim de que se possa prevenir a ocorrência de tais ataques.

O tema tem gerado debates diante dos efeitos que a aplicação dessa técnica provoca no âmbito dos direitos e das garantias fundamentais, já que a imposição de métodos de tortura contraria – independentemente da gravidade do crime e da qualidade do criminoso – todo o sistema de proteção humana em que se ancora não só o direito interno dos países democráticos como também o direito internacional do qual estes países costumam ser signatários.

Há quem sustente ser admissível o emprego de tortura para impedir um ato terrorista iminente sob o argumento de que, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, nada pode ser mais importante do que a vida. É fato que, no geral, o arcabouço normativo de tutela dos direitos humanos obsta que o Estado lance mão de métodos cruéis de investigação, mas, diante de situações nas quais dezenas, centenas ou milhares de vidas são expostas a perigo iminente, justifica-se a flexibilização dessa tutela para a preservação de um bem maior. A tortura é, portanto, um mal menor. Em outras palavras, quando um Estado de direito se vê diante de dois males, a solução é escolher – não sem a imposição de controles e limites – aquele capaz de produzir o menor dano e de proporcionar o maior benefício às pessoas. A respeito, temos a doutrina de **Michael Levin**:

“Em geral, supõe-se que a tortura é inadmissível, um retrocesso a uma época mais brutal. Sociedades iluminadas rechaçam-na de plano [...]. Creio que esta atitude é imprudente. Há situações nas quais a tortura não é só possível, mas moralmente obrigatória. [...] Se a única maneira de salvar estas vidas é submeter o terrorista à dor mais insuportável que for possível, zo que pode haver de motivos para não fazê-lo? Sugiro que não há nenhum. Em qualquer

caso, lhe peço para refletir a questão com mente aberta. [...] ;Torturar o terrorista é inconstitucional? Provavelmente. Mas milhares de vidas seguramente superam a inconstitucionalidade. A tortura é brutal? O homicídio em massa é muito mais brutal [...] Não estou advogando pela tortura como castigo. O castigo dirige-se a fatos passados, irrevogavelmente. Estou defendendo a tortura como uma medida aceitável para prevenir males futuros. Assim entendida, é muito menos objetável que muitos castigos existentes⁴⁹.

Por outro lado, há quem argumente ser absolutamente inadmissível o emprego de tortura, ainda que se trate de prevenir um ataque terrorista iminente. Sustenta-se que o sistema de proteção aos direitos humanos não admite nenhuma exceção para a imposição de métodos cruéis de investigação, que, uma vez permitidos, tendem a se expandir perigosamente independentemente da disposição inicial para que se estabeleçam limites.

Nessa linha, dizem os críticos, a tortura que no início se justificaria para prevenir um ato hostil iminente (efetivamente prestes a acontecer) pode começar a ser utilizada para justificar a obtenção de informações sobre planos de ataques que, embora não iminentes, acontecerão certamente num futuro próximo. E, daí, pode passar a ser utilizada sobre planos que, mesmo sem indicação precisa, poderão ser postos em prática no futuro. Ademais, a tortura que inicialmente poderia ser empregada apenas contra um comprovado integrante de um grupo terrorista pode ser ampliada, por exemplo, para abarcar familiares próximos diante da probabilidade de que possam fornecer informações relevantes.

Não seria adequado, além disso, contrapor, na esfera dos direitos e das garantias fundamentais, a integridade física e psíquica à vida, tanto que, no direito de guerra, veda-se absolutamente o emprego da tortura, embora evidentemente se admita a morte entre os contendores. Aliás, o emprego da tortura, para além de simplesmente atingir a integridade física e psíquica do torturado, transforma-o num objeto, num simples instrumento para a obtenção de informações, razão pela qual a dignidade humana lhe impõe um obstáculo intransponível.

Mas a controvérsia em torno do tema não se resume à admissibilidade do emprego da tortura. Discute-se também qual a natureza jurídica da medida: estado de necessidade, legítima defesa de terceiro, autorização *ex ante* ou justificação *ex post facto*?

Não nos parece possível atribuir à medida a qualidade de estado de necessidade.

Consiste esta causa excludente da ilicitude, como já estudamos, na prática de ato para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio. Perigo atual é o presente, que ocorre no momento em que o agente pratica o ato de salvaguarda. E, dadas as circunstâncias em que a tortura se aplicaria, isto é, para impedir um ato terrorista iminente, não nos parece adequado fazer referência ao estado de necessidade.

Não fosse bastante o fato de representar um perigo iminente – e não atual –, o ataque terrorista prestes a acontecer é normalmente provocado por uma agressão injusta de

49. The case for torture. In: *Newsweek*, 7 jun. 1982.

outra pessoa, o que nos conduziria em direção à legítima defesa. Há ainda o fato de que o estado de necessidade se baseia na inevitabilidade do mal a ser causado para a preservação de direito próprio ou alheio, o que, conjugado com a iminência – e não atualidade – do perigo impõe a seguinte questão: a tortura é realmente o único meio capaz de obter a informação e impedir o ataque terrorista?

Há os que sustentam se tratar de um caso de legítima defesa de terceiro, baseando-se em uma regra de caducidade. Alguém que comete um ato terrorista perde sua dignidade humana justamente porque pratica um ato humanamente indigno (consiste a caducidade, portanto, na perda da dignidade por ato do próprio agente), o que proporciona ao Estado reagir à injusta agressão desconsiderando a dignidade humana do terrorista. Ademais, se a legítima defesa permite que o agente mate quem o agride, não há por que impedi-lo de torturar para repelir a injusta agressão.

Já no que diz respeito à autorização *ex ante*, seus defensores sustentam que o emprego da tortura deve decorrer de uma autorização judicial, denominada “mandato de tortura”, que só pode atingir não inocentes, ou seja, pessoas diretamente relacionadas com planos de atos terroristas. A vantagem deste método seria a prevenção do excesso, proporcionando maior segurança tanto aos cidadãos quanto aos próprios agentes estatais.

Por fim, há os que advogam a justificação *ex post facto*, segundo a qual o agente estatal, diante de uma situação extrema e próxima da catástrofe, pode empregar métodos de tortura, mas sua conduta será analisada posteriormente por magistrados, podendo ou não ser ratificada. Embora possa conferir maior dinâmica aos atos destinados a impedir o ataque terrorista, este método sofre críticas porque submete a incerteza o agente estatal, que não sabe se sua conduta será considerada conforme ou contrária ao direito.

4. EXCESSO NAS JUSTIFICANTES

O Código Penal, logo depois de anunciar as causas justificantes da conduta típica, alerta: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo” (art. 23, parágrafo único).

O legislador, desse modo, demonstra sua preocupação quanto aos limites da ação/reação do agente.

Deve ser reconhecido, no entanto, que a expressão “excesso” pressupõe uma inicial situação de legalidade, seguida de um atuar extrapolando limites. O exagero, decorrendo de dolo (consciência e vontade) ou culpa (negligência), será punível.

Percebemos cada vez mais a doutrina classificando o excesso em *extensivo* e *intensivo*, sem qualquer amparo legal, gerando, não raras vezes, confusão desnecessária (começando pela divergência do que vem a ser um e outro).

Zaffaroni e Pierangeli bem observam:

“‘Excesso’ significa ‘passar dos limites’ de uma dessas causas eximientes, mas, para ‘passar dos limites’, será sempre necessário se ter estado, em algum momento, dentro deles.

De conformidade com este conceito de excesso, haverá excesso nas eximentes quando, por exemplo, na legítima defesa, a ação desenvolvida em resposta à agressão se prolongue para depois de cessada essa agressão; quando, no cumprimento de um dever, tenham cessado as circunstâncias que criam esse dever e a ação continua; quando, no estado de necessidade, a ação se prolongue, muito embora a situação de necessidade não mais persista. Contrariamente, não haverá 'excesso' quando a defesa não tenha sido necessária ou moderada, ou quando, na necessidade, se dispusesse de outro meio menos lesivo, porque, em nenhum desses casos, o autor teria atuado dentro dos limites da eximente, e, portanto, nunca poderia ter 'excedido'.

Na doutrina tem-se distinguido entre um 'excesso extensivo' e um 'excesso intensivo', sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando cessada a situação de justificação ou de atipicidade, ou seja, este é o único conceito de excesso que, na nossa opinião, se pode admitir, enquanto o excesso chamado 'intensivo', seria aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os respectivos requisitos em cada uma das correspondentes eximentes. Este conceito de 'excesso intensivo' não é propriamente um excesso, porque, quando não ocorrem os requisitos da eximente, em momento algum ela ocorreu, e, portanto, não se pode 'exceder'. Em definitivo, esta confusa classificação do 'excesso' amplia indevidamente o conceito e leva à introdução, pela via do suposto 'excesso intensivo' (que é uma contradictio in adjeceto), um sistema de atenuantes que a lei não admite, e ao qual nos referimos: o das chamadas 'eximentes incompletas'⁵⁰.

A doutrina em geral classifica o excesso em doloso, culposo, acidental ou exculpante, sendo que apenas os dois primeiros estão positivados no Código Penal. O Código Penal Militar, por sua vez, trata também do excesso escusável (art. 45, parágrafo único)⁵¹. Vejamos no que consiste cada um.

O excesso doloso ocorre quando o agente se propõe a ultrapassar os limites da causa justificante. Suponhamos que o sujeito seja atacado por um seu desafeto desarmado e inicie atuação legítima para repelir a injusta agressão. Enquanto se defende, diante da oportunidade criada pelas circunstâncias, decide matar seu inimigo e se apodera de um revólver, alvejando mortalmente aquele indivíduo. Não obstante a ação inicial estivesse acobertada, houve excesso proposital, que ensejará a imputação do resultado na forma de dolo.

Já o excesso culposo decorre da inobservância do dever de cuidado do agente enquanto atua respaldado por alguma das causas excludentes da ilicitude. Imaginemos que um indivíduo seja atacado por alguém desarmado e, lícitamente, ponha-se a repelir a agressão injusta. Exibindo o agressor compleição física avantajada, o agredido se apossa

50. Ob. cit. p. 566.

51. "Excesso escusável: Art. 45 (...) Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação".

de um pedaço de madeira para rechazar os socos que receberia. Por falta de cuidado, no entanto, acaba atingindo a cabeça do agressor, que falece em virtude dos ferimentos. Neste caso, o agredido seria responsabilizado por homicídio culposo.

O excesso accidental, por sua vez, é irrelevante penalmente porque decorre de caso fortuito ou força maior. Invocando exemplo semelhante aos anteriores, ocorreria excesso accidental se o agredido repelisse o agressor com um soco e este último sofresse, em razão da alteração de ânimo, um colapso cardíaco mortal. Neste caso, tratando-se de um caso fortuito, o agredido não responderia por excesso.

Há também menção ao excesso exculpante, relacionado a profunda revolta de ânimo que acomete o agente. Neste caso, inicialmente, a conduta estava respaldada pela justificante, mas a situação em que se encontra o sujeito faz surgir nele um estado de pânico que lhe retira a capacidade de atuar racionalmente. Alguém que, por exemplo, diante de um agressor armado, investe contra ele a ponto de causar sua inconsciência, mas, temeroso quanto à possibilidade de ser alvejado, continua a agredi-lo, comete fato típico e ilícito. Não obstante, pode ter a culpabilidade afastada por inexigibilidade de conduta diversa.

Note-se que embora os exemplos aqui citados se refiram à legítima defesa, o excesso pode ser relativo, em tese, a qualquer das causas eximentes. Não é menos verdade, contudo, que a legítima defesa é o seu palco mais recorrente, pois as situações que a envolvem normalmente tornam propícias reações desproporcionais em virtude da alteração anímica característica em casos tais.

5. DESCRIMINANTE PUTATIVA

Quando se fala em discriminante putativa remete-se o estudante para o intrincado estudo das **causas excludentes da ilicitude** (*estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito*) **fantasiadas** pelo agente. Equivocado, supõe, nas circunstâncias, que existe uma discriminante, ou que age nos limites de uma, ou, ainda, também iludido, supõe presentes os pressupostos fáticos da justificante.

Estamos diante de um erro. Sabemos, no entanto, que o ordenamento penal conhece duas espécies de erro: de tipo (art. 20) e de proibição (art. 21).

☒ As discriminantes putativas retratam qual espécie de erro?

A resposta pressupõe que o intérprete perceba que existem duas formas de fantasiar uma discriminante:

(A) Na **primeira**, o agente supõe agir sob o manto de uma justificante em razão de **erro quanto à sua existência ou seus limites**. Apesar de conhecer a situação de fato, ignora a ilicitude do comportamento.

Exemplo: suponhamos que JOÃO, ao ser agredido com um soco no rosto, acredita estar autorizado a revidar com um tiro. JOÃO conhece, perfeitamente, a situação fática (foi agredido com um soco), mas ignora a ilicitude da sua reação (desconhece os limites que devem estar presentes para configurar a legítima defesa).

Este erro deve ser equiparado ao erro de proibição (erro de proibição indireto ou erro de permissão), sofrendo os consectários previstos no art. 21 do CP (se inevitável o erro, exclui a culpabilidade; se evitável, diminui a pena).

(B) Na **segunda** (prevista no art. 20, § 1º, do CP)⁵², o agente *engana-se quanto aos pressupostos fáticos do evento*. Supõe estar diante de uma situação de fato que, na realidade, não existe.

Exemplo: JOÃO, durante a madrugada, se depara num beco com seu desafeto colocando a mão no bolso traseiro da calça. Essa cena o faz pensar que será vítima de injusta agressão, obrigando-o a armar-se primeiro e atirar contra o iminente agressor. Depois de atirar para matar, percebe que seu desafeto tirava do bolso um celular. JOÃO fantasiou situação de fato (iminência de injusta agressão) que jamais existiu.

O equívoco do agente, nesse caso, deve ser tratado como erro de tipo (erro de tipo permissivo) ou erro de proibição (erro de permissão)?

De acordo com a **teoria extremada (ou estrita) da culpabilidade**, o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação deve ser tratado como erro de proibição (indireto ou erro de permissão). Justifica-se que o art. 20, § 1º, do CP, em se tratando de erro inevitável, não exclui dolo ou culpa (como exige o erro de tipo), mas isenta o agente de pena (como manda o erro de proibição). Elimina, nessa hipótese (erro escusável), a culpabilidade do sujeito que sabe exatamente o que faz (no nosso exemplo, “matar alguém”).

Já para a **teoria limitada da culpabilidade**, a discriminante putativa sobre pressupostos da situação fática tem a mesma natureza do erro de tipo (art. 20 do CP). Se inevitável, além do dolo, exclui a culpa (isentando o agente de pena); se evitável, exclui o dolo, mas não isenta o agente de pena, subsistindo o crime culposo quando previsto em lei (culpa imprópria).

Por fim, temos a **teoria extremada “sui generis”**, enxergando na redação do art. 20, § 1º, uma figura híbrida, nascida da fusão das duas teorias anteriores. Quando inevitável o erro, segue a teoria extremada, isentando o agente de pena (não excluindo dolo ou culpa, como manda a limitada); quando evitável, obedece a teoria limitada, punindo o fato a título de culpa (não atenuando a pena, como quer a extremada).

Prevalece a segunda teoria e dois argumentos são usados para justificá-la: a Exposição de Motivos do Código Penal dispõe expressamente ter sido adotada, na reforma de 1984, a teoria limitada da culpabilidade; topograficamente, essa espécie de discriminante putativa se encontra (como §1º) no dispositivo que trata do erro de tipo (art. 20, CP) e não no artigo que explica o erro de proibição (art. 21), indicando, desse modo, a opção do legislador no tratamento da matéria.

52. “Art. 20, § 1º – É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

Capítulo IV

CULPABILIDADE

Sumário • 1. Conceito; 2. Teorias da culpabilidade; 2.1. Teoria psicológica da culpabilidade; 2.2. Teoria psicológica normativa; 2.3. Teoria normativa pura da culpabilidade (extremada e limitada); 2.4. Teoria da coculpabilidade; 3. A culpabilidade do autor x culpabilidade do fato; 4. Culpabilidade formal e material; 5. Elementos da culpabilidade; 5.1 Imputabilidade; 5.1.1. Causas de inimputabilidade; 5.1.2. A imputabilidade do índio (índigena) não integrado; 5.1.3 A emoção e a paixão; 5.1.4. A constatação da inimputabilidade; 5.1.5. Justiça penal consensual na inimputabilidade por doença mental; 5.2 Potencial consciência da ilicitude; 5.2.1. Erro de proibição; 5.2.1.1. Espécies de erro de proibição; 5.2.1.2. Erro de proibição e erro de tipo; 5.3 Exigibilidade de conduta; 5.3.1. Coação irresistível; 5.3.1.1. Requisitos da coação irresistível; 5.3.2. Obediência hierárquica; 5.3.2.1. Requisitos da obediência hierárquica; 5.3.1 Dirimentes supralegais; 5.4 Síntese das causas legais de exclusão da culpabilidade.

1. CONCEITO

Conceitua-se a culpabilidade como o **juízo de reprovação** que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à **necessidade** de aplicação da sanção penal.

São duas, basicamente, as teorias desenvolvidas para fundamentar a culpabilidade do autor do fato típico e ilícito: o livre-arbítrio e o determinismo.

O livre-arbítrio é proveniente da Escola Clássica e se estabelece no fato de que o homem é dotado de capacidade moral para eleger o melhor caminho e, por isso, deve ser responsabilizado pelas livres escolhas a que se dedica no decorrer da vida.

O determinismo, por outro lado, originado da Escola Positiva, sustenta que ao homem não é possível atuar soberanamente em suas escolhas em virtude de fatores inúmeros, internos e externos, capazes de influenciá-lo a cometer determinado fato ilícito.

A nosso ver, não há, entre tais conceitos, incompatibilidade, senão complementaridade. É fato que, no geral, vigora o livre-arbítrio, identificando-se nos indivíduos a capacidade de avaliar a correção de sua conduta e, portanto, de agir conforme o direito. Não se pode ignorar, todavia, a existência de fatores sociais que podem tornar certos indivíduos menos aptos a escolher livremente e passíveis de se submeter a influências externas que acabam inspirando sua linha de conduta. É evidente que uma pessoa bem formada, educada em ambiente que prestigie valores morais e éticos, que lhe foram incutidos ao longo da vida, tem menos chances de praticar um ato criminoso do que outra formada numa família de delinquentes, sem referências próximas de honestidade e decoro. Embora, mesmo no segundo caso, não se afaste por completo a capacidade de escolha (afinal, a maior parte das pessoas submetidas a condições sociais desfavoráveis – às vezes nefastas – optam

pela conduta honesta), não se pode deixar de considerar a influência negativa daí advinda para a formação do caráter do indivíduo.

A posição da culpabilidade na estrutura do crime (conceito analítico) configura questão prejudicial no limiar da teoria do delito, gerando indisfarçável controvérsia na doutrina (é ou não o terceiro requisito/substrato do crime?).

Para a corrente bipartite, a culpabilidade não é substrato do crime. O crime existe com os requisitos *fato típico* e *ilicitude*, mas só será ligado ao agente se este for *culpável*. Logo, de acordo com essa orientação, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura, pressupondo a prática de um crime. Seus adeptos defendem que a reforma do Código Penal de 1984 seguiu essa corrente, bastando observar que o legislador usa a expressão “isento de pena” quando se refere às causas excludentes da culpabilidade, enquanto, ao se referir às causas de exclusão de tipicidade ou ilicitude, recorre à expressão “não há crime”. Isso confirmaria a tese de que a culpabilidade é dispensável para o reconhecimento do delito.

Já a corrente tripartite ensina que a culpabilidade deve ser tratada como terceiro substrato do crime, com seu juízo de reprovação extraído da análise sobre como o sujeito ativo se situou e posicionou diante do episódio com o qual se envolveu (fato típico e ilicitude). A tipicidade, ilicitude e a culpabilidade são não apenas pressupostos de aplicação da pena, mas elementos constitutivos do crime. Admitir crime sem culpabilidade é aceitar ser possível crime sem censura! **Claudio Brandão** bem esclarece:

“O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime é necessário que existam todos os elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem, são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre um fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

Não é correta, ademais, a asserção de que a teoria bipartite foi adotada pelo Código Penal porque a lei usa as expressões “isento de pena” quando se refere às causas excludentes da culpabilidade e “não há crime” ao se referir às causas de exclusão de tipicidade ou ilicitude. Há situações em que o Código utiliza “isenção de pena” para definir situação oposta à que aparenta. Temos, por exemplo, o art. 20, § 1º, que, tratando da descriminante putativa, dispõe ser “isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”. Trata-se de descriminante

putativa sobre pressupostos da situação fática, que, segundo a teoria limitada da culpabilidade, tem a mesma natureza do erro de tipo, causa de atipicidade. Outro exemplo: o art. 20, § 3º, que trata do *error in persona*, dispõe que “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena”. Nenhuma relação com a culpabilidade, pois se trata de erro de tipo accidental.

A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito”¹.

Vamos trabalhar com a teoria tripartite, que nos parece mais acertada².

2. TEORIAS DA CULPABILIDADE

A análise da culpabilidade depende da compreensão da sua evolução histórica, permitindo, desse modo, entender os elementos que a compõem.

2.1. Teoria psicológica da culpabilidade

A teoria psicológica, idealizada por **Franz von Liszt** e **Ernst von Beling**, predominou no século XIX, tendo por fundamento as premissas causalistas.

A teoria psicológica é aplicável somente no âmbito do causalismo e sustenta, em resumo, que a culpabilidade consiste na relação psíquica entre o autor e o resultado, na forma de dolo ou culpa. Percebe-se, com facilidade, que a culpabilidade confunde-se com o dolo e a culpa, sendo seu único pressuposto a imputabilidade.

O dolo, nessa teoria, é natural, pois desprovido da consciência da ilicitude.³ A imputabilidade, na qualidade de pressuposto da culpabilidade, e não seu elemento, precede em análise o dolo e a culpa.

Os principais apontamentos contrários que podem ser feitos à teoria psicológica são relativos à inexigibilidade de conduta diversa e à culpa inconsciente. Quanto à primeira, o dolo está presente, mas o resultado não é imputado ao agente porque não podia, naquela situação, agir de outro modo. No que concerne à segunda, não existe previsão do resultado, faltando, portanto, o vínculo psicológico entre o autor e o fato.

1. BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.131-2.

2. Cleber Masson observa, com razão, “que somente para a teoria finalista da conduta o conceito analítico de crime pode ser tripartido ou bipartido. Para os seguidores do sistema clássico ou causal, o crime deve ser analisado, obrigatoriamente, em um conceito tripartido, sob pena de configuração de responsabilidade penal objetiva (ob. cit. p. 438).

3. Como já observamos no estudo das teorias da conduta, na concepção primária do causalismo o dolo é natural, composto por consciência e vontade, sem consciência da ilicitude. É somente na teoria neokantista que o dolo normativo se consolida.

2.2. Teoria psicológica normativa

Defendida por **Reinhart Frank** em 1907, a teoria psicológica-normativa continua trabalhando com o dolo e a culpa na culpabilidade, os quais deixam de ser suas espécies para transformarem-se nos seus elementos, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade da conduta diversa.

A culpabilidade deixou de ser puro vínculo psíquico entre o agente e o fato. Aliás, foi a partir desta teoria que se reconheceu, definitivamente, a importância da consciência atual da ilicitude, integrante do dolo (dolo normativo).

Em razão de estabelecer o dolo e a culpa na culpabilidade, a teoria psicológica normativa tem aplicação reservada ao campo do causalismo, mas, como modificou drasticamente a estrutura da culpabilidade, substituindo o sistema clássico da teoria psicológica, diz-se ter dado início ao sistema neoclássico.

2.3. Teoria normativa pura da culpabilidade (extremada e limitada)

Inspirada no finalismo de **Hans Welzel**, esta teoria é responsável pela migração do dolo e da culpa para o fato típico. Alerta-se, porém, que o dolo que migra para o primeiro substrato do crime está despido da consciência da ilicitude, e, por isso, passa a ser natural.

A culpabilidade, portanto, ficou com os seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e consciência da ilicitude (retirada do dolo, integrando a própria culpabilidade, não mais como atual, mas potencial consciência).

Claudio Brandão bem sintetiza o espírito dessa teoria:

“Conforme visto, quando o dolo foi deslocado para a ação ele o foi sem seu elemento normativo, que é a consciência da antijuridicidade. Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertence à ação, separado, portanto, da culpabilidade. (...) A culpabilidade continuou a ser reprovabilidade, só que passou a ser um conceito puramente normativo, pois não existe nela nenhum conceito de ordem psicológica. Os elementos constitutivos da culpabilidade, segundo a teoria finalista, são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor; e a possibilidade de reconhecer o caráter ilícito do fato”⁴.

Esta teoria (normativa pura) tem duas vertentes: a extremada e a limitada, ambas divergindo no tocante à natureza jurídica das descriminantes putativas sobre a situação fática. Como já estudamos no capítulo anterior (Cap. III – Ilcitude), de acordo com a teoria limitada, cuida-se de mais uma hipótese de erro sobre elementos do tipo; já para a extremada, equipara-se ao erro de proibição.

Nosso Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade.

Como já estudamos, nosso Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade.

4. Ob. cit., p. 143.

Em resumo:

Teorias da Culpabilidade			
Teoria Psicológica da Culpabilidade	Teoria Psicológica Normativa	Teoria Extremada da Culpabilidade	Teoria Limitada da Culpabilidade
Base causalista	Base neokantista	Base finalista	Base finalista
Pressuposto: Imputabilidade Espécies: • dolo; e • culpa	Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Culpa • Dolo normativo (composto de: consciência, vontade e consciência atual da ilicitude).	Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Consciência (potencial) da ilicitude Obs1: dolo e culpa migram para o fato típico Obs2: o dolo passou a ser natural , composto de: consciência e vontade). Obs3: o elemento normativo do dolo deixa de ser elemento do dolo passando a ser elemento da própria culpabilidade, porém não mais atual, mas sim potencial.	Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Consciência potencial da ilicitude Obs: a teoria limitada diferencia-se da extremada em razão do entendimento acerca da natureza jurídica do art. 20, 1º do CP. T. Extremada – erro de proibição. T. Limitada – erro de tipo.

2.4. Teoria da coculpabilidade

Já tivemos oportunidade de ressaltar a predominância do livre arbítrio dos indivíduos para que adotem comportamentos concordes ou contrários ao direito. Bem assim, destacamos que mesmo estabelecida esta premissa, fatores sociais negativos muitas vezes influenciam a formação do caráter, com reflexos nas escolhas individuais.

Neste passo, surge a teoria da coculpabilidade, que imputa ao Estado parcela da responsabilidade social pelos atos criminosos dos agentes em razão das desigualdades sociais. Não há exclusão da culpabilidade, mas essas circunstâncias externas devem ser consideradas na dosimetria da pena. O nosso Código Penal possibilita a adoção dessa teoria ao prever, em seu artigo 66, uma atenuante inominada: *“A pena poderá ser ainda ATENUADA em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”* (grifamos). Não se trata, contudo, de atenuação aplicável em favor de todo e qualquer indivíduo que alegue ter sofrido por desigualdades sociais. A esse respeito:

“A teoria da coculpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida.”⁵

No mesmo contexto, há também a **coculpabilidade às avessas**, elaborada com propósito crítico à seletividade do sistema penal, merecendo dois ângulos de análise:

(A) o primeiro se traduz no abrandamento à sanção de delitos praticados por pessoa com alto poder econômico e social, como no caso dos crimes de colarinho branco (crimes contra a ordem econômica e tributária). Exemplo prático disto no Brasil é a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida nos crimes contra a ordem tributária;

5. AgRg no REsp 1.770.619/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/06/2019.

(B) o segundo se revela na tipificação de condutas que só podem ser praticadas por pessoas marginalizadas. Exemplos disto são os artigos 59 (vadiagem) e 60 (mendicância – revogado pela lei 11.983/2009), da Lei de Contravenções Penais.

Há de ser destacado, contudo, que, ao contrário da coculpabilidade, que pode se assentar no art. 66 do Código Penal, a coculpabilidade às avessas não encontra respaldo legal, razão pela qual, como agravante, não pode ser aplicada, vedada, como se sabe, a analogia *in malam partem*. No máximo, poderá o juiz considerar este aspecto no momento em que analisar as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), especialmente quanto à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.

3. A CULPABILIDADE DO AUTOR X CULPABILIDADE DO FATO

Como vimos, a culpabilidade é juízo de reprovação que recai sobre o agente. Percebe-se, também, que os elementos da culpabilidade estão umbilicalmente atrelados à pessoa do autor (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa). Tudo indica, portanto, que a culpabilidade é do autor. Não é o que prevalece, como bem explicam **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio Molina**:

“Quem é reprovado (censurado) é o agente, mas não qualquer agente, senão o agente do fato (ou seja: o agente de um fato formal e materialmente típico, antijurídico e punível). Com isso, fica claro o seguinte: o agente é o objeto da censura (da reprovação), mas só pode ser censurado pelo que fez, não pelo que ‘é’. De outro lado, só pode ser reprovado se podia se motivar de acordo com a norma e, ademais, se podia agir de modo diverso, consoante o Direito.

Para o reconhecimento do delito ou para o juízo de censura (de reprovação), em suma, valem as circunstâncias do fato; o Direito penal do fato assim como a culpabilidade do fato não permitem que a periculosidade pessoal do agente venha a definir a existência do crime ou a sua culpabilidade. De qualquer modo, é certo que as condições pessoais do agente (assim como a sua periculosidade) são relevantes para a graduação da pena, nos termos do art. 59 do CP. É aqui que elas ganham relevância e pertinência jurídica”⁶.

Com compreensão intermediária, **Rogério Greco** ensina que, apesar da adoção de um moderado direito penal do fato, é possível distinguir-se culpabilidade de ato e culpabilidade de autor:

“A culpabilidade do ato seria a reprovação do homem por aquilo que ele fez, considerando-se a sua capacidade de autodeterminação; já na culpabilidade do autor, o que se reprova é o homem como ele é, e não aquilo que fez”. Conclui o autor, com amparo em Hans-Heinrich Jescheck, que o mais adequado é a **união de ambas as concepções**: “O núcleo do conceito de culpabilidade somente pode ser a culpabilidade pelo fato individual, mas o Direito Penal deve ter em conta também muitas vezes a culpabilidade do autor”⁷⁻⁸.

6. Ob. cit., vol. 2, p. 412.

7. Ob. cit., p. 383.

8. Em sentido contrário, afirmam Zaffaroni e Pierangeli: “não vemos como é possível fazer esta combinação, porque ou a ação é a ele reprovada na circunstância concreta em que atuou, ou o sujeito

4. CULPABILIDADE FORMAL E MATERIAL

A culpabilidade **formal** é aquela definida em abstrato, que serve ao legislador na edição da lei para cominar os limites máximos e mínimos de pena atribuída a determinada infração penal.

A culpabilidade **material** é estabelecida no caso concreto, dirigida a um agente culpável que cometeu um fato típico e ilícito, para a fixação da pena pelo juiz. Este viés da culpabilidade está positivado no artigo 59, *caput*⁹, do Código Penal, que permite considerar “graus de culpabilidade” do agente, análise que influenciará na pena concretamente aplicada.

5. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Como vimos, são elementos da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Sua confirmação nos revela um agente capaz, com capacidade de compreender a norma e capacidade de agir conforme a norma (contrai uma dívida diante da norma).

Estudaremos um a um dos elementos acima, analisando, também, as respectivas **dirimentes** (ou causas excludentes).

5.1. Imputabilidade

Imputabilidade é **capacidade de imputação**, ou seja, possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. A imputabilidade é elemento sem o qual “entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável”.¹⁰

São dois os elementos que devem se fazer presentes para que haja imputabilidade: **intelectivo**, consistente na higidez psíquica que permita ao agente ter consciência do caráter ilícito do fato; e **volitivo**, em que o agente domina sua vontade, ou seja, exerce controle sobre a disposição surgida com o entendimento do caráter ilícito do fato, e se determina de acordo com este entendimento.

Assim como no Direito Privado se pode falar em capacidade e incapacidade para realizar negócios jurídicos, no Direito Penal fala-se em imputabilidade (capacidade) ou inimputabilidade (incapacidade) para responder penalmente por uma ação delitiva praticada.

é por ela reprovado como resultado de sua conduta de vida; mas qualquer pretensão de combinar ambas as reprovações não pode conduzir a outro resultado senão o de cair na segunda, isto é, em uma culpabilidade de autor, chamada em nossos dias ‘culpabilidade pela conduta de vida’” (Ob. cit., p. 524).

9. CP. *Fixação da pena. Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime* (grifamos).

10. Bitencourt, ob. cit., p. 468.

Note, entretanto, que nem sempre a capacidade civil caminha lado a lado com a imputabilidade, a exemplo do que acontece com o menor de 18 anos, mas casado (embora capaz no campo civil, não será responsabilizado penalmente, pois inimputável).

Sem definir o que seja imputabilidade, enumera o nosso Código as hipóteses de inimputabilidade (distúrbios mentais, menoridade e embriaguez). Para tanto, define alguns critérios:

(A) Critério biológico

Este critério leva em conta apenas o desenvolvimento mental do agente (doença mental ou idade), independentemente se tinha, ao tempo da conduta, capacidade de entendimento e autodeterminação.

Conclusão: basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

(B) Critério psicológico

O critério psicológico considera apenas se o agente, ao tempo da conduta, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação, independentemente de sua condição mental ou idade.

Conclusão: não precisa ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

(C) Critério biopsicológico

Sob a perspectiva biopsicológica, considera-se inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da conduta, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Conclusão: não basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

Paulo Queiroz, criticando este critério, é enfático:

“É de convir ainda quanto à impropriedade da expressão “método biopsicológico”, porquanto em realidade nem o estado é biológico – se nalguns casos o fato está biologicamente fundamentado – nem a capacidade é psicológica – mas uma construção normativa, de sorte que se trata, mais exatamente, de um método psíquico-normativo ou psicológico-normativo: o psicológico se refere aos estados psíquicos capazes de comprometerem a capacidade de compreensão, enquanto o normativo diz respeito à capacidade, que não é um estado psíquico, mas uma atribuição. Além disso, muitos transtornos de consciência (*v.g.*, estado passional intenso, oligofrenia normal-psicológica, anomalia psíquica grave, que compreende todas as psicopatias graves, as neuroses e as anomalias dos instintos) não se devem a manifestações de deficiências corporais orgânicas (biológicas); tampouco a constatação da capacidade de atuar de outro modo é um dado psicológico, mas essencialmente normativo”¹¹.

11. Ob. cit., p. 293.

☑ **Qual dos critérios norteou o nosso sistema?**

Depende da causa de inimputabilidade, assunto que estudaremos a seguir.

5.1.1. Causas de inimputabilidade

(A) Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica (pessoa com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial)¹²

Prevista no artigo 26, *caput*, do Código Penal, a inimputabilidade por anomalia psíquica significa a incapacidade de imputação daquele que,

“por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Adotou-se, nesse tanto, o critério biopsicológico.¹³ Portanto, pode a pessoa com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial ser considerada imputável – desde que a sua anomalia psíquica não se manifeste de maneira a comprometer sua autodeterminação ou capacidade intelectual. Nesta esteira, há casos em que o agente é acometido de transtorno, mas exibe intervalos de lucidez, ocasiões em que entende o caráter ilícito do fato e pode determinar-se de acordo com este entendimento. Em situações dessa natureza, seguindo a regra, a doença não é suficiente para afastar a imputabilidade, razão por que o agente mentalmente enfermo, se pratica um fato típico e ilícito em período, ainda que diminuto, de consciência deverá ser punido na qualidade de imputável.

A expressão “doença mental” contida na norma deve ser tomada em sua maior amplitude e abrangência, sendo compreendida como qualquer enfermidade que venha a debilitar as funções psíquicas do agente. Nesse sentido assevera **Paulo Queiroz**:

*“A expressão **doença mental** deve ser entendida em sentido amplo, a fim de compreender toda e qualquer alteração mórbida da saúde mental apta a comprometer, total ou parcialmente, a capacidade de entendimento do seu portador, como esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, psicose alcoólica, paranoia, epilepsia, demência senil, paralisia progressiva, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, histeria etc., pouco importando a causa geradora de semelhante estado, se natural ou tóxica (v.g., uso de droga lícita ou ilícita), por exemplo”¹⁴.*

☑ **O sonâmbulo é considerado portador de doença mental?**

Não, figurando o sonambulismo como causa de exclusão da própria conduta.

12. As consequências penais para a pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial serão analisadas com profundidade no capítulo reservada às medidas de segurança, que compõe a terceira parte desta obra.

13. É o mesmo critério adotado no art. 48 do Código Penal Militar.

14. Ob. cit., p. 366-367.

☑ E o surdo-mudo?

A doutrina alerta que a carência de certos sentidos pode caracterizar deficiência psíquica. Com relação ao surdo-mudo, é a perícia que deve fixar o grau de seu retardamento sensorial que, aliado à maior ou menor capacidade de entendimento e autodeterminação do agente no momento da conduta, pode equipará-lo aos oligofrênicos (art. 26, *caput*, do CP).

O inimputável será denunciado e processado, porém, ao final, deve ser absolvido (e não condenado). Esta absolvição, entretanto, deve ser cumulada com a sanção penal da medida de segurança, decisão classificada como **absolvição imprópria**.

Note que o artigo 26, parágrafo único, não anuncia hipótese de inimputabilidade, mas de imputabilidade com responsabilidade penal diminuída (**semi-imputabilidade**). Trata-se do agente que *“em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”*.

A consequência jurídica, no caso, é a condenação do semi-imputável, porém com redução de pena, de um a dois terços ou substituição da pena por medida de segurança (art. 98 do CP). O juiz, depois de condenar, deve analisar o que é mais adequado à finalidade da sanção penal: se a pena (reduzida) ou se a medida de segurança. É o chamado **sistema vicariante** ou **unitário**, adotado após a Reforma Penal de 1984. Cuida-se de fórmula unicista, não podendo ser aplicadas as duas sanções penais ao condenado, sucessivamente (rechaçou-se o sistema do duplo binário ou de dois trilhos).

(B) Inimputabilidade em razão da idade

No Código Criminal do Império (1830), o art. 10 dispunha que os agentes menores de quatorze anos não podiam cometer crimes. Com a entrada em vigor do primeiro Código Penal da República (1890), a capacidade penal era tratada da seguinte forma: a) eram inimputáveis os menores de nove anos; b) e os que, entre nove e quatorze anos, agissem sem discernimento.

A Consolidação das Lei Penais (1932) modificou novamente a idade para a imputabilidade penal, estabelecendo que não poderiam ser punidos os menores de quatorze anos (art. 27). Reproduzia o que já dispunha o Código de Menores de 1927 (art. 68), que, no entanto, estabelecia um processo especial para os autores de crimes que ainda não haviam completado dezoito anos. Segundo esse processo, a autoridade judicial deveria reunir precisas informações a respeito do estado físico, mental e moral do menor, e da situação social, moral e econômica de seus representantes legais. As consequências da prática criminosa variavam conforme a condição do menor: a) se sofresse de deficiência mental, fosse epilético, surdo-mudo, cego ou necessitasse de cuidados especiais em virtude de seu estado de saúde, era submetido a tratamento adequado à sua condição; b) se fosse abandonado, pervertido ou estivesse em perigo de o ser, era colocado em estabelecimento adequado ou era confiado a pessoa idônea pelo tempo necessário para sua educação – desde que esse tempo não ultrapassasse a idade de vinte e um anos; c) se não fosse abandonado ou pervertido, nem estivesse em perigo de o ser, e também se não necessitasse de

tratamento especial, era deixado com os pais, com tutor ou com alguém que tivesse sua guarda, mediante condições estabelecidas pela autoridade judicial, se fosse o caso.

Até que o Código de Menores de 1927 entrasse em vigor, era comum que menores autores de crimes fossem colocados em prisões na companhia de adultos, mesmo em virtude da prática de infrações menos graves. Talvez um dos episódios mais famosos tenha sido o de Bernardino, engraxate que, aos doze anos, envolveu-se em um entrevero com um dos clientes e atirou tinta em suas roupas, o que lhe rendeu um mês de prisão entre adultos, que lhe agrediram física e sexualmente. Quando saiu da prisão, Bernardino foi encaminhado ao hospital, com enorme repercussão diante de suas péssimas condições de saúde. Aliás, foi isso que provocou os debates em torno da elevação da idade para a imputabilidade penal, e que possibilitou a aprovação do Código de Menores.

Somente com a entrada em vigor do Código Penal em 1940 é que a imputabilidade se estabeleceu expressamente aos dezoito anos (art. 23), e assim permaneceu após a reforma da Parte Geral em 1984 (art. 27), na Constituição Federal de 1988 (art. 228) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104). De acordo com as regras atuais, os menores de dezoito anos são **absolutamente inimputáveis**, ainda que concretamente possam ter discernimento.

Adotou-se, como se percebe, o **critério biológico**, levando-se em conta apenas o desenvolvimento mental do acusado (idade), independente de, se ao tempo da ação ou omissão, tinha ele a capacidade de entendimento e autodeterminação.

Há, em verdade, uma **presunção absoluta** de que o menor de dezoito anos possui desenvolvimento mental incompleto, motivo pelo qual deve ser submetido à disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (vide art. 104 da Lei nº 8.069/90¹⁵). Esta presunção, contudo, está fundada em orientações de **política criminal** – e não postulados científicos.

Explica **Víctor Gabriel Rodríguez**:

“A principal razão da presunção de inimputabilidade é a política criminal, como reconhecida pela doutrina desde Tobias Barreto. Atualmente, o ponto 23 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do instituto faz referência clara à oportunidade de educação que deve ser dada ao jovem, ao convívio social ‘sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária. Em outras palavras (...), é de dizer-se que a legislação penal decidiu consagrar ao jovem a oportunidade de estar afastado das garras do Direito penal, ou ao menos daquele Direito penal idêntico ao aplicado ao adulto, embora ele possa ser de fato

15. ECA. Art. 104. *São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.*

responsável por seus atos, embora em última análise seu desenvolvimento mental não seja de fato incompleto”¹⁶.

No âmbito dos tratados internacionais, destacam-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, que não estabelece a idade limite para a imputabilidade penal, respeitando a autonomia de cada Estado¹⁷, e o Estatuto de Roma, responsável pela criação do Tribunal Penal Internacional, que prevê a impossibilidade de julgamento de menor de 18 (dezoito) perante o TPI¹⁸.

Diante, no entanto, da escalada de crimes cometidos por crianças e adolescentes, especialmente aqueles violentos e revestidos de maior gravidade (como latrocínios), e em virtude da baixíssima eficácia das medidas corretivas estabelecidas na legislação especial, que trata com injustificável lassidão autores de infrações gravíssimas, é crescente o movimento para que o Legislativo altere a regra da imputabilidade.

O tema é objeto de extenso debate, não somente sobre a viabilidade da medida em termos práticos, mas também relativamente à constitucionalidade da proposta.

Há quem sustente que a norma constitucional sobre a imputabilidade seja cláusula pétrea. Assim se manifestam com base no entendimento de que os direitos e garantias fundamentais não se restringem ao rol do art. 5º da CF/88, mas podem ser encontrados em outros dispositivos cujo conteúdo seja materialmente relacionado ao núcleo da Constituição. Por isso, voltado à proteção integral da pessoa do adolescente, o art. 228 não poderia ser objeto de proposta de emenda tendente a abolir suas disposições. Por outro lado, há aqueles que argumentam não se tratar de cláusula pétrea, pois a inimputabilidade não está no elenco de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88.

Noutra perspectiva há quem considere não haver óbice à emenda mesmo que se conclua se tratar de cláusula pétrea, que não é imodificável, mas refratária tão somente à abolição ou ao completo desvirtuamento de seu núcleo, o que não ocorre com a proposta de emenda que somente modifica o art. 228 para possibilitar a devida resposta estatal à prática de crimes por indivíduos que demonstrem pleno discernimento. É o que ensina Pedro Lenza, para quem “apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada.

Reduzindo a maioria penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir.

A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioria

16. *Fundamentos e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 282.

17. CADH. Art. 5.5. *Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.*

18. Estatuto de Roma. Artigo 26. *Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos. O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.*

penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é fundamentado no parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano”¹⁹.

Nessa esteira, tramita no Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional nº 32/2019 – em apreciação no Senado Federal – para alteração do art. 228 da CF/88. De acordo com o texto da proposta, o art. 228 reconhece a inimputabilidade dos menores de dezesseis anos, sujeitos a normas da legislação especial (Lei 8.069/90). **Excepcionalmente**, os menores com quatorze anos completos, na linha da proposta de emenda, podem ser responsabilizados penalmente, caso sejam autores dos crimes definidos como hediondos, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, organização criminosa, associação criminosa e outros que a lei dispuser.

Parece-nos, todavia, haver inconsistência na proposta (como havia em outras semelhantes). Efetivamente, a emenda permite que o agente com quatorze anos completos seja responsabilizado pelo cometimento de apenas algumas figuras criminosas. Trata-se, claramente, de solução política em que se busca o meio-termo em razão da resistência sofrida pela proposta no âmbito do próprio Legislativo. Há, no entanto, um aspecto técnico relativo à imputabilidade, cujo fundamento é a capacidade de discernimento, que não pode ser ignorado: como se sustenta que alguém tenha discernimento para cometer um cruel homicídio e não o tenha para furtar uma bicicleta? Ou o agente tem a capacidade biológica de se determinar de acordo com a lei (para qualquer crime) ou não a tem (para nenhum crime). A consciência não varia de acordo com a figura criminosa, mas conforme a condição biológica do próprio agente.

A maioridade penal é alcançada no primeiro minuto do dia do aniversário de 18 (dezoito) anos do agente²⁰, sendo irrelevantes alterações transitórias e ficcionistas (horário de verão, por exemplo). Como já alertado, eventual antecipação civil da capacidade do agente não gera repercussões penais, uma vez que a preocupação do Código Penal é com a idade cronológica.

A imputabilidade em razão da idade há de ser aquilatada no momento da conduta (teoria da atividade, art. 4º, CP; art. 104, parágrafo único, do ECA), e não no da produção do resultado. Em se tratando de delito permanente, a imputabilidade deverá ser aferida no momento em que cessa a prática delituosa (e não no momento do seu início). Desse modo o jovem de 17 (dezessete) anos que mantém alguém em cativeiro até completar sua maioridade penal será punido com os rigores do Código Penal.

A menoridade deverá ser comprovada por meio de documento hábil, nos termos da súmula nº 74 do STJ²¹. Uma vez constatada, por meio de certidões, a inimputabilidade

19. *Direito Constitucional Esquematizado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 872/873.

20. Se, antes de completar dezoito anos, o agente cometeu ato infracional, a superveniência da maioridade não interfere na apuração do ato nem na aplicação de medida socioeducativa em curso, inclusive de liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de vinte e um anos (súmula 605 do STJ).

21. STJ. Súmula nº 74. *Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.*

do agente à época do fato criminoso, deve ser anulado o processo *ab initio*, sujeitando-o à legislação especial.

(C) Inimputabilidade em razão da embriaguez

Embriaguez é a intoxicação transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Esclarece **Fernando de Almeida Pedroso**:

“Considera-se embriaguez a afecção da pessoa pela ingestão de bebida de teor alcóolico. A ela se equipara, por cláusula analógica explicitamente posta no art. 28, II, do estatuto penal, o estado que afete o ser humano pela utilização de qualquer substância de efeitos semelhantes ao álcool (*verbi gratia*: éter, clorofórmio, antidiabéticos, barbitúricos e drogas como tóxicos e alucinógenos). Consiste a embriaguez, em suma, no estado de intoxicação aguda e transitória do organismo, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, comprometendo suas funções fisiológicas, físicas e intelectuais.

Por aí se verifica, destarte, que a embriaguez repercute no psiquismo da pessoa por ela acometida, podendo afetar a sua capacidade intelectual ou volitiva, de sorte que ao Direito Penal impendia posicionar-se diante dessa realidade, em sede de imputabilidade ou inimputabilidade penal”²².

A embriaguez é classificada em espécies e graus:

(i) Embriaguez **não acidental** (voluntária ou culposa)

Temos embriaguez voluntária quando o agente ingere a substância alcoólica com a intenção de embriagar-se; surge a embriaguez culposa quando o agente, por negligência ou imprudência, acaba por embriagar-se. Pode ser completa (retirando do agente, no momento da conduta, a capacidade de entendimento e autodeterminação) ou incompleta (diminuindo a capacidade de entendimento e autodeterminação).

Seguindo a orientação do nosso Código Penal, a embriaguez não acidental jamais exclui a imputabilidade (art. 28, II), seja ela completa ou incompleta.

(ii) Embriaguez **acidental** (caso fortuito ou força maior):

Aqui, a embriaguez decorre de caso fortuito (o sujeito desconhece o efeito inebriante da substância que ingere) ou força maior (o sujeito é obrigado a ingerir a substância inebriante). Quando completa, isenta o agente de pena (art. 28, § 1º, do CP); se incompleta, não exclui a culpabilidade, mas diminui a pena (art. 28, §2º, do CP).

Note que a embriaguez, para gerar a inimputabilidade do ébrio, pressupõe os seguintes requisitos: causal (proveniente de caso fortuito ou força maior), quantitativo (completa), cronológico (ao tempo da ação ou omissão) e consequencial (inteira incapacidade intelectual ou volitiva).

22. Ob. cit., p. 556-557.

(iii) Embriaguez **patológica**

Patológica é a embriaguez doente, que, conforme o caso concreto, pode ser tratada como anomalia psíquica, gerando a inimputabilidade do agente ou redução de sua pena, nos moldes do art. 26 do CP.

(iv) Embriaguez **preordenada**

Nessa espécie, o agente ingere bebida alcoólica ou consome substância de efeitos análogos com a **finalidade** de cometer um crime. Completa ou incompleta, não haverá exclusão da imputabilidade, tampouco redução de pena, mas a incidência de agravamento da sanção penal (artigo 61, II, “I”, do Código Penal²³).

Em resumo:

Embriaguez acidental	Caso fortuito	O agente ignora o efeito inebriante da substância.	Completa: isenta o agente de pena art. 28, § 1º, CP.
	Força Maior	O agente é obrigado a ingerir a substância.	Incompleta: diminui a pena dos termos do art. 28, 2º, CP.
Obs.: para que a embriaguez isente de pena ela precisa ser acidental.			
Embriaguez não acidental	Voluntária	O agente quer se embriagar	Completa
	Culposa	Negligência	Incompleta
Obs.: em nenhum caso a embriaguez não acidental exclui a imputabilidade (art. 28, II, CP).			
Embriaguez Patológica	Doentia	Pode configurar anomalia psíquica	Será tratada como doente mental, aplicando o art. 26 do CP.
Embriaguez Preordenada	Embriaguez voluntária + Finalidade de praticar o crime	A embriaguez é o meio de que o agente se vale para praticar o delito.	É considerada circunstância agravante de pena (art. 61, II, “I”, CP).

É necessário entender a razão de o Código Penal autorizar a punição da embriaguez voluntária ou preordenada, mesmo quando **completa**, leia-se, quando, no momento da conduta, o agente ébrio claramente não tem capacidade de entendimento e autodeterminação.

O fundamento encontra-se no princípio da *actio libera in causa*, assim explicado por **Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**:

“Há séculos se vem formulando na Alemanha o problema da *actio libera in causa* (conhecida como a.l.i.c.), que recebeu tratamento em obras clássicas como a do barão SAMUEL VON PUFENDORF (...). Existe a.l.i.c quando se imputa a uma conduta posterior, imputa por si mesma, o comportamento prévio doloso ou culposos que a

23. CP. Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II – ter o agente cometido o crime: [...] I) em estado de embriaguez preordenada.

provocou. É muito conhecida a Sentença do Tribunal Supremo do Reich de 1892, na qual se julgou um entregador de leite que atropelou um pedestre com sua carroça, alegando inimputabilidade sobre a base de seu estado de embriaguez completa. A solução jurídica que deu nascimento ao chamado ‘modelo da tipicidade’ consistiu em aplicar uma peculiar analogia com a autoria mediata, dizendo que a situação equivaleria a ter deixado as rédeas do cavalo a um terceiro inconsciente (entendendo dessa forma que existe simultaneidade temporal entre a realização do tipo e a culpabilidade). Por isso o leiteiro foi condenado pelo resultado imprudente produzido²⁴.

Em resumo, o ato transitório revestido de inconsciência (momento do crime, em que o agente se encontra embriagado) decorre de ato antecedente que foi livre na vontade (momento de ingestão da bebida ou substância análoga), transferindo-se para esse momento anterior a constatação da imputabilidade e da **voluntariedade**. A constatação da imputabilidade + vontade do agente no momento em que ingeria a bebida, evita a responsabilidade penal objetiva: se bebeu prevendo o resultado, querendo a sua produção, haverá crime doloso; se bebeu, prevendo o resultado, e aceitou sua produção, temos o dolo eventual; se bebeu e previu o resultado, o qual acreditou poder evitar, configura-se a culpa consciente; se não previu, mas era previsível, culpa inconsciente; se imprevisível, fato atípico.

Vejamos a questão na prática: JOÃO, saindo de uma festa, completamente bêbado, dirige seu veículo, acabando por atropelar e matar um pedestre.

O estado de ebrio não significa, automaticamente, a punição do motorista por dolo (ainda que eventual). É preciso perquirir a sua voluntariedade no momento em que ingeria a substância. Vejamos:

Motorista, completamente bêbado, atropela e mata pedestre	
Ato antecedente livre na vontade	Ato transitório revestido de inconsciência
1. Agente tem previsão do resultado + quer o resultado + imputável = homicídio doloso (dolo direto)	Não existe capacidade de entendimento ou autodeterminação. Segundo a teoria de <i>actio libera in causa</i>, a análise da imputabilidade deve ser feita em momento anterior.
2. Previsão do resultado + assumiu o risco + imputável = homicídio doloso (dolo eventual)	
3. Previsão do resultado + acreditou poder + evitar + imputável = homicídio culposo do CTB (culpa consciente)	
4. Não previu resultado + resultado previsível + imputável = homicídio culposo (culpa inconsciente)	
5. Resultado imprevisível = fato atípico (aplicar a teoria da <i>actio libera in causa</i> pode redundar na responsabilidade penal objetiva).	

24. Ob. cit., p. 478.

5.1.2. A imputabilidade do índio (indígena) não integrado

A condição de indígena não integrado não gera presunção de incapacidade penal. A regra é a sua imputabilidade, que poderá ser afastada quando doente mental, menor de 18 anos na data dos fatos ou tomado por embriaguez acidental completa.

Não se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não integração seja causa excludente da culpabilidade, mas por ausência de potencial consciência da ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido, explica **Víctor Gabriel Rodríguez**:

“No Brasil, em que ainda resta alguma população indígena não de todo integrada ao resto da sociedade, há que se questionar acerca da imputabilidade do índio. Mas esse questionamento deve necessariamente partir do abandono da antiga concepção de que o índio não integrado não tem desenvolvimento mental completo. Ainda que se reconheça, por questões antropológicas que aqui não cabe aprofundar, que a sociedade indígena se encontra em uma fase anterior de desenvolvimento – o que ainda assim é muito relativo –, não há qualquer sustentáculo, sequer jurídico, para que ao indígena não integrado se o considere de algum modo mentalmente incapacitado.

O que pode ocorrer ao índio não integrado é que a ignorância acerca dos valores vigentes na sociedade não indígena possam impedir o conhecimento da proibição de alguns delitos. Não se trata apenas de conhecer a lei penal – que nesse contexto é o menor dos problemas –, mas da absorção ou não dos valores que são subjacentes à norma jurídico penal. Se o ser humano aprende por imitação, há que se saber reconhecer que uma atitude que nos pareça abjeta pode representar um valor positivo a outra cultura. Em algumas tribos da Amazônia, matar o recém-nascido, o ancião ou o doente é atitude socialmente valorada para a manutenção do grupo”²⁵.

Sem destoar da nossa linha de raciocínio, explica Monia Peripolli Dias²⁶ que não se sustenta mais o critério de que os indígenas possuem mentalidade incompleta ou retardada, visto que, ocorrendo essa colisão cultural, importa tão somente perquirir se, de acordo com a sua cultura e seus costumes, o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime, segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente.

Para arrematar, vale a pena lembrar a lição de Edilson Vitorelli²⁷ quando afirma que a aplicação do erro de proibição traduziria a compatibilização do Direito Penal com o respeito constitucional à organização social, costumes, crenças e tradições indígenas, visto

25. Ob. cit. p. 284-5.

26. O tratamento jurídico-penal dispensando aos indígenas: frente à colisão cultural desse povo com a cultura preponderante brasileira. Editora Novas Edições Acadêmicas, 2014, p. 170.

27. Estatuto do Índio. Lei nº 6.001/1973. 4.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 391.

que a seleção de condutas reprováveis penalmente tem sustentáculo marcadamente cultural, de modo que podem não coincidir com os bens eleitos por uma cultura distinta. Defende, portanto, que a reprovação imposta pelo Direito Penal só recairia sobre a conduta do índio que conhecesse os valores tutelados pela norma penal e tivesse vontade livre e consciente de transgredir o bem jurídico.

5.1.3. A emoção e a paixão

Como estabelece o artigo 28, I, do Código Penal, a emoção e a paixão **não** excluem a responsabilidade penal.

Emoção é o estado súbito e passageiro, enquanto a **paixão** é o sentimento crônico e duradouro. Pode a emoção servir como circunstância atenuante, nos moldes do artigo 65, III, “c”, ou como causa de diminuição de pena, como prescrevem os artigos 121, §1º²⁸, e 129, §4º²⁹, ambos do Código Penal. Já a paixão, dependendo do grau e da capacidade de entendimento do agente, pode ser encarada como doença mental (paixão patológica – art. 26, *caput*, CP).

5.1.4. A constatação da inimputabilidade

A conclusão a respeito da inimputabilidade do autor de fato típico e ilícito só pode decorrer de perícia médica, que, inclusive, estabelece o grau de incompreensão em que se deu a ação ou a omissão, o que pode acarretar, em vez de medida de segurança, apenas a redução da pena. Esta regra, evidentemente, não se aplica aos casos de inimputabilidade em razão da idade, em que se presume de forma absoluta a incapacidade de entendimento e determinação do menor.

Concluída a perícia, embora não possa o juiz, por convicção pessoal, contrariar sua conclusão, condenando quando o laudo conclui pela inimputabilidade ou vice-versa, não há obrigação de sua parte em aceitar o trabalho do perito, conforme se extrai do art. 182 do Código de Processo Penal³⁰. Na hipótese de discordar da conclusão pericial, deve determinar a realização de novo exame em que se lastreará sua decisão.

Abaixo, um quadro sinóptico dos efeitos e consequências jurídicas das causas excludentes da imputabilidade:

28. CP. Art. 121. *Matar alguém: [...] § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.*

29. CP. Art. 129. *Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.*

30. CPP. Art. 182. *O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*

Causas	Efeitos	Consequência jurídica
Doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Obs.: Comprovado por incidente de insanidade (juiz)³¹	Se causar supressão da capacidade mental	• Declaração de inimputabilidade. • Absolvição Imprópria. • Aplicação de medida de segurança.
	Se causar apenas diminuição ou perturbação da capacidade mental	• Declaração de semi-imputabilidade. • Condenação. • Redução da pena de 1/3 a 2/3. • Por fim o juiz analisa a necessidade de substituir a pena por medida de segurança (critério da periculosidade).
Menoridade penal	—	• Reconhecimento da inimputabilidade. • Ato infracional. • O juiz aplica as medidas específicas do ECA (Lei 8.069/90).
Embriaguez completa e involuntária	Se causar supressão da capacidade mental	• Reconhecimento da inimputabilidade. • Absolvição própria.
	Se causar redução de capacidade mental	• Reconhecimento da semi-imputabilidade. • Condenação. • Redução da pena de 1/3 a 2/3.

5.1.5. Justiça penal consensual na inimputabilidade por doença mental

A justiça penal consensual tem o propósito de trazer à justiça criminal modelos de acordo e conciliação que visem à reparação de danos e à satisfação das expectativas sociais por justiça. Pode se manifestar por meio de um modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima (reparação de danos), ou por meio da justiça negociada, em que o agente, admitindo a culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como a quantidade da pena, a forma de cumprimento, a perda de bens e também a reparação de danos. A introdução do modelo de justiça consensual tem provocado uma mudança de enfoque sobre como se lida com o crime. Há um influxo de novas ideias, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora).³²

Dentre as possibilidades de justiça penal consensual que temos no Brasil, as mais largamente utilizadas são a suspensão condicional do processo e a transação penal, ambas disciplinadas na Lei 9.099/95, e o acordo de não persecução penal, introduzido no art.

31. **Ainda que o juiz não esteja absolutamente vinculado ao resultado, o exame é imprescindível para a correta formação de sua convicção:** “O art. 149 do CPP não contempla hipótese de prova legal ou tarifada, mas a interpretação sistemática das normas processuais penais que regem a matéria indica que o reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu (art. 26, caput e parágrafo único do CP) depende da prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal nele previsto, sendo possível, ao Juízo, discordar das conclusões do laudo, desde que por meio de decisão devidamente fundamentada” (STJ: REsp 1.802.845/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/06/2020).

32. Este assunto é tratado com mais detalhes no capítulo referente ao conceito e aos fundamentos da pena.

28-A do CPP pela Lei 13.964/19. Há certa controvérsia sobre a possibilidade de aplicar esses institutos aos inimputáveis por doença mental, que, se processados, devem ser absolvidos e submetidos a medida de segurança. O fato de serem, pelo menos no momento da conduta, incapazes de entendimento e determinação, coloca em dúvida sua capacidade de compreender dos termos das propostas que lhe são submetidas, comprometendo o espírito do consenso.

O STJ tem decisões nas quais nega a possibilidade de propor ao inimputável a suspensão condicional do processo e a transação penal. As decisões são anteriores ao surgimento do acordo de não persecução penal, mas os argumentos lhe podem ser estendidos:

“Considerando que o inimputável não possui condições de entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar de acordo com tal entendimento, é inviável a aplicação dos institutos despenalizadores, que pressupõem a capacidade de compreender e aceitar as condições que lhe estão sendo impostas. Precedentes.”³³

“1. As medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995 têm por finalidade evitar a imposição de pena privativa de liberdade ao agente, devendo, contudo, observar os critérios da necessidade e suficiência, bem como observar os aspectos repressivo e preventivo da sanção penal. 2. Como os inimputáveis não possuem integralmente condições de entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar de acordo com tal entendimento, é impossível a aplicação dos institutos em questão, que pressupõem a capacidade de compreender e aceitar as condições que lhe estão sendo impostas. Doutrina. Precedente. 3. Habeas corpus não conhecido.”³⁴

Mas há quem argumente que os benefícios podem ser concedidos, sempre no melhor interesse do inimputável, que deixa de ser processado e de ser submetido a medida de segurança, que é uma sanção penal.

Um dos argumentos favoráveis provém de aplicação analógica do art. 53 do CPP, segundo o qual, na ação penal privada, o querelado mentalmente enfermo que não tiver representante legal, ou se colidirem seus interesses com os do representante, pode aceitar o perdão do ofendido por meio de curador que o juiz nomear. Na realidade, o curador age livremente, podendo, segundo sua vontade, aceitar ou não o perdão, mas sempre tendo em mente os interesses do curatelado. Nessa linha, o dispositivo poderia ser aplicado em outras situações processuais em que o inimputável tem direito a benefícios consensuais como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal (art. 28-A).

Além disso, devemos recordar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) prestigia a autonomia da pessoa acometida por alguma limitação, ainda que de natureza mental ou intelectual. O art. 6º, aliás, é expresso no sentido de que a

33. AgInt no HC 446.743/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/08/2018.

34. HC 370.032/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/04/2017.

deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa *inclusive* – e não exclusivamente – para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Se o estatuto de proteção à pessoa com deficiência tem um claro propósito de promover, o máximo possível, a independência de indivíduos com limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, é preciso implementar todas as medidas possíveis para garantir ao inimputável as opções processuais à disposição dos demais indivíduos.

Não bastasse, a Convenção da Pessoa com Deficiência, que tem *status* de norma constitucional, assegura ao deficiente a liberdade de fazer as próprias escolhas (art. 3º) e atribui aos Estados o reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos de sua vida (art. 12). Dessa forma, há um desvirtuamento das normas de proteção quando, apenas em razão da deficiência, o inimputável é privado da possibilidade de evitar o processo e a sanção penal. A pretexto de defendê-lo, o que se faz, na realidade, é prejudicá-lo. Por isso, parece-nos razoável proporcionar os benefícios consensuais da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal nos casos de inimputabilidade, sempre considerando, evidentemente, as peculiaridades do indivíduo que deve cumprir as condições impostas nos acordos. Nesse caso, pode ser nomeado um curador, nos termos do art. 53 CPP – por analogia –, ou pode ser aplicado o instituto da tomada de decisão apoiada (art. 1783-A do Código Civil).³⁵

A adoção do processo de tomada de decisão apoiada afasta, aliás, um óbice normalmente levantado especialmente contra o ANPP na inimputabilidade: a necessidade de confissão formal e circunstancial exigida no art. 28-A do CPP, ato personalíssimo, que não pode ser transferido para um curador. Se o caso concreto revela a viabilidade desse processo, o inimputável é cercado de cuidados para tomar a decisão que atenda efetivamente a seus interesses (antes de proferir decisão, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar e após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio – art. 1783-A, § 3º, do CC).

O STF já decidiu que as medidas despenalizadoras devem ser aplicadas aos inimputáveis:

“1. Esta Suprema Corte admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional.

35. “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.”

2. A Lei 9.099/95, cumprindo mandamento constitucional, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro novo modelo de Justiça Criminal Consensual. Diversamente do processo penal comum, em que a finalidade é a punição do agente em caso de condenação após o devido processo legal, no Juizado Especial Criminal, o objetivo do processo, na dicção do art. 62 da Lei, deve ser, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de medida não privativa de liberdade.

3. Com vistas a alcançar o seu fim, a norma conferiu um espaço consensual às partes, que dispõem de medidas despenalizadoras, como a composição civil (art. 74, parágrafo único), a transação (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89), instrumentos favoráveis ao autor do fato que materializam o princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

4. A inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente não pode impedi-lo de receber tratamento processual mais benéfico, sendo possível viabilizar as medidas despenalizadoras com a nomeação de curador especial.

5. No caso, a ausência de realização da audiência preliminar impediu provável composição dos danos mediante acordo, situação que demonstra o prejuízo concreto sofrido pelo paciente a ensejar a anulação processual.

6. Ordem concedida para anular a audiência de instrução e julgamento e os atos subsequentes, bem como determinar a realização de audiência preliminar para possibilitar ao autor do fato, por intermédio de curador especial, os benefícios despenalizadores previstos na Lei 9.099/95.³⁶

5.2. Potencial consciência da ilicitude

A potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade, representando a possibilidade que tem o agente imputável de compreender a reprovabilidade da sua conduta.

Note que não se exige do sujeito ativo uma compreensão técnica, um conhecimento jurídico sobre o enquadramento jurídico do evento praticado, mas apenas que tenha condições de perceber que o seu comportamento não encontra respaldo no direito, sendo por ele reprovado. Contenta-se com a percepção leiga, uma **avaliação paralela na esfera do profano**³⁷. Trata-se do critério **intermediário** de determinação da consciência da ili-

36. HC 145.875/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 05/12/2022.

37. É o que ensina Francisco de Assis Toledo: “Conjugando-se o que foi dito com os princípios da denominada ‘teoria da culpabilidade’ e com certos ensinamentos preciosos e válidos do Direito Canônico, pode-se traçar o seguinte quadro esquemático: a consciência da ilicitude é uma avaliação paralela do agente na esfera do profano (Mezger), bastando para que seja atingida, que cada um reflita sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio (Welzel). Pode

cidade. Os demais são: **i) formal:** é necessário que o agente tenha conhecimento de que viola uma norma penal. Não é adotado porque, nestas circunstâncias, somente a alguém com formação jurídica poderiam ser atribuídas infrações penais; **ii) material:** pressupõe o conhecimento de que, com a conduta, pratica-se um ato antissocial, imoral e injusto, que viola um interesse. Também não tem aplicação porque desconsidera a existência de infrações penais que não se estabelecem com base na materialidade do injusto.

Nessa linha de raciocínio, adverte **Cezar Roberto Bitencourt**:

“Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a *potencial consciência*. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada *consciência profana do injusto*, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta”³⁸.

Para **Paulo César Busato**, todos esses critérios são inadequados na forma como propostos, porque provocam uma espécie de padronização que ignora o caráter pessoal da culpabilidade. É preciso reduzir a análise a um ponto de vista pessoal, que expresse as reais condições do indivíduo ao agir:

“Não parecem essas as melhores soluções, mesmo sendo as de maior receptividade doutrinária. Isso porque segue existindo aqui uma *standartização* imprópria ao caráter pessoal que deve ter o juízo de culpabilidade. A valoração do *profano*, do *leigo* é, na verdade, a valoração de *um* leigo, de *um* profano que, na realidade, não é leigo!

É que o encarregado de reconhecer a potencial consciência da ilicitude é o juiz e, portanto, ele verificará se o sujeito possuía condições de conhecer o caráter ilícito do fato como um leigo. Ocorre que a valoração do juiz não é a de um leigo. Como seria possível ao juiz conceber o pensamento de um leigo se esse não é o pensamento do próprio juiz? Não existe ontologicamente nenhum processo humano de *desconhecimento* de um objeto previamente apreendido, salvo os acidentes encefálicos. Assim, como poderá o jurista despir-se da condição de jurista e avaliar o que é o conhecimento *leigo* da ilicitude?

ser atual ou potencial. Assim, não aproveita ao agente a falta da consciência da ilicitude quando: a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente ('ignorantia affectata' do Direito Canônico), recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas" (Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal*. RT. vol. 3. p. 409/426. Out/2010).

38. Ob. cit. p. 517.

Obviamente, a *vagueza* desse conceito não permite dotar a imputação do caráter pessoal referido ao autor, nem mesmo em sua forma matizada, proposta por Roxin.

Em tempos de afirmação da culpabilidade com dimensão social, do princípio de coculpabilidade e da funcionalização do sistema penal em prol da ideia de mínima intervenção, é absolutamente necessário incluir nessa valoração um componente pessoal comunicativo, ou seja, é imperioso valorar a possibilidade de conhecer o injusto a partir das condições que o sujeito expressa em seu agir comunicativo. Só assim estarão incluídas todas as variáveis pessoais de sua evolução social e vida de relação, de modo a permitir uma análise pessoal dessa componente da culpabilidade”.³⁹

5.2.1. Erro de proibição

A **causa excludente (dirimente)** da potencial consciência da ilicitude é o **erro de proibição**, positivado no artigo 21 do Código Penal, *in verbis*:

“O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único – Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

É sabido que uma vez publicada no Diário Oficial da União, a lei se presume conhecida por todos. Logo, não nos é dado desconhecer a lei. É possível, no entanto, que o agente, mesmo conhecendo a lei, incida em erro quanto à proibição do seu comportamento, valorando equivocadamente a reprovabilidade da sua conduta, podendo acarretar a exclusão da culpabilidade.

O erro pode ser **escusável** ou **inescusável**, e é da conclusão desta análise que decorre a possibilidade do afastamento da culpabilidade. O erro é **escusável** quando o agente atua ou se omite sem ter a consciência da ilicitude do fato em situação na qual **não** é possível lhe exigir que tenha esta consciência. É, por outro lado, **inescusável**, nas palavras do Código Penal, “se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (art. 21, parágrafo único).

No caso do erro escusável, **afasta-se** a culpabilidade, ao passo que o erro inescusável acarreta apenas a **diminuição da pena** (de um sexto a um terço).

Para aferir se o erro foi escusável ou inescusável são consideradas as características pessoais do agente, tais como idade, grau de instrução, local em que vive e os elementos culturais que permeiam o meio no qual sua personalidade foi formada, e não o critério inerente ao homem médio.

39. Direito penal: parte geral. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Nesse contexto, precisamos diferenciar **três** situações:

(A) o agente, apesar de ignorar a lei, conhecia a reprovabilidade da sua conduta: não se configura o erro de proibição, podendo caracterizar atenuante da pena⁴⁰.

Exemplo: JOÃO, apesar de ignorar que o desrespeito ao hino nacional é contravenção penal tipificada no art. 35 da Lei nº 5.700/71, passa a achincalhar a letra, sabendo que seu comportamento é reprovado socialmente.

(B) o agente, apesar de conhecer a lei, ignora a reprovabilidade do comportamento: configura erro de proibição. Se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, reduz a pena.

Exemplo: JOÃO, mesmo sabendo que homicídio é crime, acredita que o tipo não alcança a eutanásia.

Aqui se insere o erro de validade, no qual o agente conhece a lei proibitiva, mas acredita na sua invalidade por contrariar, por exemplo, princípios do Direito Penal. Seria o caso de quem guarda consigo determinada quantidade de drogas para consumo próprio acreditando que a conduta, embora tipificada criminalmente, foi declarada lícita pelo Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que a punição fere o princípio da lesividade e a autonomia privada.

(C) o agente ignora a lei e a ilicitude do fato: configura-se erro de proibição. Se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, reduz a pena.

Exemplo: JOÃO fabrica açúcar em casa, não imaginando que seu comportamento é reprovável, muito menos crime previsto no art. 1º, Dec. Lei 16/66.

Junto com **Bitencourt**, concluímos:

“A ignorantia legis é matéria de aplicação da lei penal que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todos. Enquanto o erro de proibição é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. Não se trata de derrogar ou não os efeitos da lei, em função de alguém conhecê-la ou desconhecê-la. A incidência é exatamente esta: a relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal”⁴¹.

Conforme já mencionado em tópico próprio, a evolução da teoria psicológica normativa para a normativa pura acarretou a migração da culpa e do dolo para o fato típico. O dolo, despido de elemento normativo (consciência **atual** da ilicitude), migrou somente com elementos naturais (consciência e vontade).

A consciência da ilicitude, no entanto, foi absorvida pela culpabilidade como seu novo elemento, ao lado da imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, porém não mais como atual, mas potencial consciência, elemento normativo valorado pelo intérprete.

40. CP. Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II – o desconhecimento da lei.

41. Ob. cit., p. 516.

Teoria Psicológica Normativa	Teoria Normativa Pura
Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Culpa • Dolo (dolo normativo: consciência, vontade e consciência atual da ilicitude)	Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Consciência (potencial) da ilicitude Obs1: dolo e culpa migram para o fato típico Obs2: o dolo passou a ser natural, composto de: consciência e vontade). Obs3: o elemento normativo do dolo deixa de ser elemento do dolo passando a ser elemento da própria culpabilidade, porém não mais atual, mas sim potencial.

Importa esclarecer as consequências dessa mudança. Enquanto consciência **atual** da ilicitude, todo e qualquer erro de proibição, evitável ou não, isentava o agente de pena. Contentando-se com a **potencial** consciência, somente o erro inevitável exclui a culpabilidade, permitindo-se a punição (mesmo que diminuída) quando evitável.

	Teoria Psicológica Normativa	Teoria Normativa Pura
Erro de Proibição Inevitável	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude.	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude.
Erro de Proibição Evitável	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude.	Não isenta o agente de pena, pois, apesar de eliminar a atual , existe a potencial consciência da ilicitude, suficiente para a punição.

5.2.1.1. Espécies de erro de proibição

São **espécies** de erro de proibição:

(A) Erro de proibição direto

No erro de proibição direto o agente se equivoca quanto ao conteúdo de uma norma proibitiva, ou porque ignora a existência do tipo incriminador, ou porque não conhece completamente o seu conteúdo, ou porque não entende o seu âmbito de incidência.

Exemplo: holandês, habituado a consumir maconha no seu país de origem, acredita ser possível utilizar a mesma droga no Brasil, equivocando-se quanto ao caráter proibido da sua conduta.

(B) Erro de proibição indireto

No erro de proibição indireto (descriminante putativa por erro de proibição) o agente sabe que a conduta é típica, mas supõe presente uma norma permissiva, ora supondo existir uma causa excludente da ilicitude, ora supondo estar agindo nos limites da descriminante.

Exemplo: “A”, traído por sua mulher, acredita estar autorizado a matá-la para defender sua honra ferida.

☑ E o erro sobre elementos normativos do tipo?

A doutrina debate a natureza deste erro. Para Alcides Munhoz Neto⁴², há de ser feita distinção entre os elementos normativos do tipo e os elementos normativos da ilicitude. Os primeiros traduzem circunstâncias relativas à constituição do fato criminoso (ex.: “cheque”, “coisa alheia” etc.) e, conseqüentemente, a ignorância do agente sobre eles deve ser tratada como erro de tipo; os elementos normativos da ilicitude, por outro lado, não obstante integrem o tipo, não têm nenhuma relevância para a constituição do fato típico, limitando-se a ressaltar a ilicitude característica de toda infração penal (ex.: “indevidamente”, “sem justa causa”). Por esta razão, o erro sobre estes elementos deve ser equiparado ao erro de proibição.

Há, todavia, quem considere equivocada a distinção apontando que se os elementos integram o tipo, o erro incidente sobre tais elementos deve ser tratado como erro de tipo⁴³.

5.2.1.2. Erro de proibição e erro de tipo

Erro de proibição não se confunde com o erro de tipo. Vejamos.

O erro de tipo é o equívoco que recai sobre as circunstâncias do fato, sobre elementos do tipo penal; o erro de proibição, por sua vez, recai sobre a ilicitude do fato. Imagine-se, a título de exemplo, a seguinte situação: uma criança está nadando à noite na represa, quando começa a se afogar; JOÃO e ANTONIO estão próximos. JOÃO não enxerga bem e, por isso, não percebe que é uma criança, acreditando ser um animal; ANTONIO enxerga bem, mas nota que aquela criança não é seu parente, nem seu amigo, motivo pelo qual a ignora, já que acredita não ter o dever jurídico de salvá-la.

Com base no exemplo acima, podemos concluir que **JOÃO age em erro de tipo**, porque ele se equivoca quanto à circunstância fática que integra o tipo penal: era uma criança, mas o agente (JOÃO) representou equivocadamente, achando ser um pato.

De outro lado, **ANTONIO age em erro de proibição**, pois representa bem a criança (não a confunde com um pato), mas entende que a sua conduta (inércia) é tolerada por lei diante da ausência de qualquer relação de parentesco com a criança em perigo.

5.3. Exigibilidade de conduta

Para a reprovação social, não basta que o autor do fato lesivo seja imputável e tenha possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito. Exige-se, ainda, que nas circunstâncias tivesse a possibilidade de atuar de acordo com o ordenamento jurídico. Explica **Fernando de Almeida Pedroso**:

“O cometimento de fato típico e antijurídico, por agente imputável que procedeu com dolo ou culpa, de nada vale em termos penais se dele não era exigível, nas circunstâncias em que atuou, comportamento diferente. Não se pode formular um juízo de censura ou

42. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, p. 133.

43. GRECO, Rogério, ob. cit., p. 409.

reprovação, destarte, se do sujeito ativo era inviável requestar outra conduta”⁴⁴.

Nos termos do artigo 22 do Código penal, “*Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem*”. Se a pena é castigo, não se pode castigar quem agiu sem liberdade (em circunstâncias de anormalidade).

As figuras da coação irresistível e obediência hierárquica são excludentes desse elemento da culpabilidade.

5.3.1. Coação irresistível

A coação irresistível está prevista no artigo 22, 1ª parte, do Código Penal.

5.3.1.1. Requisitos da coação irresistível

São dois requisitos:

(A) Coação moral

A coação a que se refere o dispositivo pode ser traduzida como ameaça, promessa de realizar um mal.

Apesar de o artigo 22, 1ª parte, do Código Penal, falar em “*coação irresistível*”, entende a doutrina referir-se apenas à **coação moral** (*vis compulsiva*) e não à coação física (*vis absoluta*). Com efeito, na coação física, o coator coordena os movimentos do coagido e, quando irresistível, representa hipótese excludente da conduta, elemento do fato típico.

(B) Irresistibilidade da coação

A coação deve também ser irresistível, assim compreendida aquela a que o coato, oprimido pelo medo, não pode subtrair-se, mas apenas sucumbir ante a violência moral, realizando a conduta criminosa para satisfazer a vontade do autor da coação.

Como bem explica **Flávio Monteiro de Barros**:

“Para uns, a gravidade da ameaça é apurada em função do homem médio; para outros, o referencial é a condição pessoal do coagido. Cremos, em tal assunto, que nenhum desses critérios deve ser tomado em sentido absoluto. Efetivamente, o juiz deve decidir conforme o critério que mais se ajustar ao fato concreto, analisando sempre o valor dos bens jurídicos em conflito, as consequências advindas de uma ou outra opção, bem como o estado psicológico e demais particularidades do coagido, como sexo, idade, saúde, temperamento etc. É evidente que a ameaça de dano patrimonial não pode justificar a morte, ou lesão grave, de uma pessoa. Mas se os bens jurídicos são de igual valor, a opção do paciente de sacrificar o interesse alheio, satisfazendo o desejo do coator, não pode ser censurado pelo direito.

44. Ob. cit. p. 569.

Se, no entanto, o bem sacrificado é maior que o dano causado pela ameaça, subsiste a culpabilidade do coagido⁴⁵.

Atente-se que o dispositivo ao se referir à coação irresistível está, evidentemente, excluindo a resistível. Naquela, o agente coagido não é passível de punição; nesta, não sendo suficiente para gerar circunstância de anormalidade, não impede a punição, mas a pena fica atenuada (artigo 65, III, “c”, 1ª parte, do Código Penal).

Não se admite a coação irresistível da sociedade. “*A sociedade não pode delinquir, pois onde ela existe, aí está também o Direito. Assim, a coação irresistível há que partir de uma pessoa, ou de um grupo, nunca da sociedade*”⁴⁶.

Portanto, cai por terra a (absurda) alegação do marido traído no sentido de que assassinou o amante da sua esposa coagido pela sociedade, que o impelira de forma irresistível à prática do delito.

Tampouco se admite como dirimente o temor reverencial, que não traduz verdadeira coação, mas tão somente receio de desagradar a alguém por quem o agente nutre elevado respeito. Tanto é assim que o art. 153 do Código Civil, ao tratar da coação como causa de anulabilidade do negócio jurídico, exclui expressamente o temor reverencial da causa de invalidade. Ora, se nem mesmo na esfera civil é possível invocar o temor para anular o negócio celebrado, com maior razão há de se obstar qualquer efeito supressor da culpabilidade.

Na coação moral irresistível, a responsabilidade penal desloca-se da figura do coagido para a do coator (“*só é punível o autor da coação*”).

O coator responde pelo crime cometido pelo coato (na condição de autor mediato), em concurso material com o crime de tortura, decorrente do constrangimento a que foi submetido o coagido⁴⁷.

Na coação resistível, os dois personagens respondem pelo crime, o coator com a agravante do art. 62, II, do CP, e o coagido com a atenuante do art. 65, III, “c”, do CP.

Em resumo:

	Se a coação for irresistível	Se a coação for resistível
Coator	Responde, como autor, pelo crime praticado pelo coagido + crime de tortura (art. 1º, I, “b”, da Lei nº 9.455/97).	Responde, também, pelo crime praticado pelo coagido + agravante do art. 62, II, do CP.
Coagido	Isento de pena por inexigibilidade de conduta diversa.	Responde pelo crime praticado + atenuante do art. 65, III, “c”, do CP.

45. Ob. cit. p. 396.

46. TJSP – AC – Rel. Cunha Bueno – RT 477/342.

47. Lei nº 9.455/97. Art. 1º *Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: [...] b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; [...] Pena – reclusão, de dois a oito anos.*

5.3.2. Obediência hierárquica

A segunda causa excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é a obediência hierárquica, disciplinada no artigo 22, 2ª parte, do Código Penal.

É sabido que a ordem de um superior é emitida para ser cumprida, trazendo consigo a força da hierarquia institucional. Quando legal, não pode ser desobedecida, sob pena de responsabilidade do subalterno.

A ordem ilegal, por sua vez, não deve ser executada, não acarretando qualquer efeito para o subordinado que a descumpra (aliás, efeitos administrativos ou penais existirão se cumprir o mandamento). Há, entretanto, a ordem ilegal, *mas com aparência de legalidade*. O inferior hierárquico, ao executá-la, equivoca-se diante das aparências. É desta ordem que cuida o artigo em comento.

Explicam **Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**:

“O comportamento criminoso realizado em cumprimento a uma ordem ilícita aparentemente legal é contrário ao direito (antijurídico) e, portanto, deve ser desaprovado. Destaque-se que possui natureza de agressão injusta, e aquele que sofre com seus efeitos poderia invocar a legítima defesa contra o que executa, sem saber, uma ordem ilegítima. Todavia, aquele que atua e foi instrumentalizado não merece pena porque, conforme as circunstâncias, não lhe era exigível uma conduta lícita alternativa.

Aquele que recebe a ordem encontra-se em um conflito, porque não pode saber se materialmente o que lhe ordenam é conforme o direito. O descumprimento de uma ordem formalmente concreta pode implicar em sanções, de natureza administrativa ou inclusive penal. Em síntese, a obediência hierárquica constrói-se como um caso específico de erro, no qual incorre o subordinado que atua equivocadamente pela aparência de legitimidade da ordem”⁴⁸.

Note que a dirimente em estudo nada mais é do que um misto de **coação**, gerada pela ordem de um superior, com o **erro** do subordinado, iludido pela aparência do mandamento (coação + erro)⁴⁹.

5.3.2.1. Requisitos da obediência hierárquica

São **requisitos** da obediência hierárquica:

(A) Ordem de superior hierárquico

A ordem de superior hierárquico é a manifestação de vontade emanada de um detentor de função pública dirigida a um agente público hierarquicamente inferior, destinada à realização de uma ação ou abstenção.

48. Ob. cit. p. 498-9.

49. Ensina Nucci que “essa excludente não deixa de ser um misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição” (*Código Penal Comentado*. Ob. cit. p. 203).

A subordinação doméstica (pai e filho) ou eclesiástica (bispo e sacerdote) não configura a dirimente (podendo caracterizar causa supralegal de exclusão da culpabilidade, assunto tratado em tópico próprio).

(B) Ordem não seja manifestamente (claramente) ilegal

A ordem recebida, apesar de ilegal, tem aparências de legalidade, induzindo em erro o subordinado, que acaba por executá-la. Portanto, a ilicitude da ordem recebida não pode ser flagrante, clara e ululante, caso em que o executor não se exime de responsabilidade (sendo punido juntamente com o mandante, seu superior hierárquico). É claro que as circunstâncias do caso concreto vão ditar se a ordem era (ou não) manifestamente ilegal.

Fernando de Almeida Pedroso, lembrando as lições de penalistas clássicos, esclarece:

“Casos há, contudo, que requerem uma cautela maior ou melhor apuro na sua aferição, consoante as condições psicológicas do executor da ordem. Por esse motivo, enfatiza Aníbal Bruno, a expressão manifestamente ilegal, empregada pela Código ao insculpir a dirimente, deve ser entendida segundo as circunstâncias do fato e as condições de inteligência e cultura do subordinado. Ilustra Hungria a hipótese com o caso de um bisonho soldado de polícia que, por ordem do comandante da escolta, mata com um tiro de fuzil, supondo agir por obediência devida, o criminoso que se acha em fuga. Consequentemente, pondera Noronha, não só a ordem, mas também as circunstâncias atinentes ao executor – rusticidade, atraso, tempo de serviço... tudo, em conjunto, há de ser apreciado no caso concreto”⁵⁰.

(C) Estrita observância da ordem

O subordinado não pode exceder-se na execução do mandamento aparentemente legítimo, sob pena de responder pelo excesso.

Na obediência hierárquica, a responsabilidade penal desloca-se da figura do subordinado para a do superior (“*só é punível o autor da ordem*”), na condição de autor mediato.

Na ordem claramente ilegal, os dois personagens respondem pelo crime, podendo o subordinado ser beneficiado com a atenuante prevista no art. 65, III, “c”, do CP.

Quando se trata de ordem legítima, superior e subordinado cumprem dever legal, não havendo crime (art. 23, III, 1ª parte, do CP).

Em resumo:

	Obediência Hierárquica		
	Se a ordem não for manifestamente ilegal	Se a ordem for manifestamente ilegal	Se a ordem for legítima
Superior	Responde, como autor mediato, pelo crime praticado pelo subordinado.	Responde pelo crime praticado pelo subordinado.	Não há crime (estrito cumprimento de um dever legal)

50. Ob. cit., p. 580.

	Obediência Hierárquica		
	Se a ordem não for manifestamente ilegal	Se a ordem for manifestamente ilegal	Se a ordem for legítima
Subordinado	Isento de pena por inexigibilidade de conduta diversa.	Responde pelo crime praticado, mas poderá ter a pena atenuada em razão do artigo 65, III, "c", do CP.	Não há crime (estrito cumprimento de um dever legal)

5.3.3. *Dirimentes supraleais*

A questão de existir ou não causa de exclusão da culpabilidade não prevista na legislação penal já foi muito discutida, hoje admitida pela doutrina (com respaldo em crescente jurisprudência). Percebeu-se, sem muita dificuldade, que, por mais providente que seja, o legislador não consegue prever todos os casos em que é inexigível do agente conduta diversa, sendo perfeitamente possível, diante das circunstâncias do caso concreto, haver situações não antevistas pelo legislador.

As dirimentes supraleais se fundamentam, basicamente, no fato de que a exigibilidade de conduta diversa é característica fundamental da culpabilidade, motivo pelo qual não é admissível que se estabeleça a responsabilidade penal em decorrência de comportamentos humanos inevitáveis.

A inexigibilidade de conduta diversa aparece, portanto, como a válvula de escape para as dirimentes supraleais. Nesse sentido, explica **Claudio Brandão**:

“Até muito breve, só era reconhecida no Direito brasileiro a inexigibilidade de outra conduta nos casos do art. 22 do Código Penal. A jurisprudência, nesse sentido, inclusive, é farta. Todavia a partir do desenvolvimento dos estudos da culpabilidade, notadamente pelo coordenador da reforma penal de 1984, Francisco de Assis Toledo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser admitida fora dos casos de obediência hierárquica e de coação irresistível, pois ela ‘quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supraleal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de norma expressa a respeito’”⁵¹.

São exemplos de causas **supraleais** de exclusão da culpabilidade:

(A) **Cláusula de consciência**

Nos termos da cláusula de consciência, estará isento de pena aquele que, por motivo de consciência ou crença, praticar algum fato previsto como crime, desde que não viole direitos fundamentais individuais. A doutrina costuma amparar a cláusula de consciência

na liberdade de crença e de consciência assegurada constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, VI da CF/88.

Exemplo: cita-se o caso do pai, testemunha de Jeová, que não permite a transfusão de sangue no filho. A questão, no entanto, merece atenção. Bem observam **Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina**:

“É preciso distinguir as situações:

a) quando não há nenhuma lesão ao bem jurídico colocado em risco, em razão da intervenção de uma terceira pessoa, nenhuma responsabilidade penal subsiste. O pai não permite a transfusão de sangue no filho menor, mas o médico atua por conta própria e salva a criança. Ninguém responde penalmente nesse caso (...).

b) quando, de outro lado, o bem jurídico vida é lesado, o pai responde penalmente porque entre a liberdade de crença e a lesão ao bem jurídico vida ou integridade física, possuem maior valor estes últimos.

O médico, por seu turno, só responde por algo se omitiu socorro. Se tentou de toda a maneira salvar a vida da criança e não conseguiu, por nada responde”⁵².

(B) Desobediência civil

A desobediência civil representa atos de insubordinação que têm por finalidade transformar a ordem estabelecida, demonstrando a sua injustiça e necessidade de mudança. Exige-se para o reconhecimento desta dirimente: **(A)** que a desobediência esteja fundada na proteção de direitos fundamentais; **(B)** que o dano causado não seja relevante.

Exemplo: ocupações de prédios públicos; manifestações como a ocorrida na final da Copa do Mundo de 2018, em que algumas pessoas invadiram o campo para protestar contra o presidente russo e contra a falta de liberdade de expressão.

Mas as dirimentes supraleais devem ser invocadas com parcimônia, apenas em casos excepcionalíssimos, em que se demonstre cabalmente que em determinada situação não havia possibilidade de evitar a prática do ato ilícito. A inexigibilidade de conduta diversa jamais deve ser analisada sob prisma da saída mais fácil (comodidade). Não pode ser considerado inculpável o agente que, em uma situação crítica, tendo a opção de se desviar do ilícito, vai a seu encontro porque essa solução lhe parece mais simples.

A culpabilidade não é (e não deve ser tratada como) algo banal, a ser descartado ao menor sinal de fatores que não obstante tendam a abalar o livre arbítrio, não o eliminam.

Em sua sempre bem-vinda lição, **Francisco de Assis Toledo** trata a inexigibilidade de conduta diversa como a mais importante causa de exclusão da culpabilidade e como verdadeiro princípio de Direito Penal. Por isso mesmo – acrescentamos –, deve ser analisada com a necessária cautela para evitar absolvições a esmo, baseadas em simples conjecturas que acabam resultando em tratamento benevolente a autores de condutas graves

52. Ob. cit. p. 450-1.

que poderiam muito bem ser evitadas, como de fato o são pela esmagadora maioria das pessoas. No mais, **Assis Toledo** chega à conclusão de que:

“não age culpavelmente – nem deve ser portanto penalmente responsabilizado pelo fato – aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso.”⁵³

Destaque para a expressão utilizada pelo autor: **“dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência”**.

Ora, se há algo que a experiência humana nos revela é que, mesmo diante de dificuldades, a maioria das pessoas resiste a situações que lhes possam levar à prática de crimes.

A inexigibilidade de conduta diversa tem sido cada vez mais aventada na defesa de acusados da prática de determinados delitos. São recorrentes, por exemplo, pretensões de exclusão de culpabilidade no crime do art. 168-A do CP (apropriação indébita previdenciária) sob o argumento de que crises econômicas impossibilitam o repasse das contribuições previdenciárias descontadas dos funcionários. O tema tem sido tratado com rigor pela jurisprudência, que, com acerto, admite a dirimente apenas em situações de precária situação financeira:

“(...) 6. Não merece acolhida a tese de inexigibilidade de conduta diversa, em razão de dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, pois não restou comprovada a precária situação econômica da empresa à época dos fatos, sendo insuficiente a prova testemunhal e os documentos trazidos. (...)”⁵⁴

Mas já se tem notícia de decisão absolutória em crime de tráfico de drogas porque o agente, servindo de transportador das substâncias, praticara a conduta em virtude de dificuldades financeiras por que passava sua família. Decisões dessa natureza, que aplicam a dirimente sem a necessária rigidez, devem ser desencorajadas. Não é preciso muito esforço para concluir que se trata de um imenso incentivo a práticas criminosas semelhantes, que podem ser cada vez mais intentadas diante da perspectiva de benevolência dos órgãos de justiça criminal. E criminosos são no geral movidos pela ousadia (alguém de caráter hesitante dificilmente concordaria em transportar drogas num voo internacional, nem tampouco participaria de um assalto a banco). Se não encontra limites, a ousadia tende a se exacerbar. E se hoje admitirmos, sob a falsa impressão de que o tráfico de drogas é um crime menos grave (porque normalmente não se lança mão de violência em suas operações finais), que traficantes sejam tratados com condescendência pela simples alegação de problemas financeiros, não poderemos nos espantar quando amanhã o mesmo caminho for tomado a favor de assaltantes violentos.

53. Ob. cit. p. 328.

54. TRF3 – Apelação Criminal 61.522/SP, j. 19/06/2018.

5.4. Síntese das causas legais de exclusão da culpabilidade

Elementos da culpabilidade	Dirimentes	Comentários
Imputabilidade	Anomalia psíquica (art. 26, caput) Menoridade (art. 27) Embriaguez accidental (art. 28, §1º)	O rol de dirimentes da imputabilidade é taxativo. O índio não é considerado inimputável, salvo se portador de anomalia psíquica, for menor de 18 anos ou apresentar embriaguez completa accidental.
Potencial consciência da ilicitude	Erro de proibição inevitável (art. 21)	O rol também é taxativo.
Exigibilidade de conduta diversa	Coação moral irresistível Obediência hierárquica	Prevalece que as dirimentes da exigibilidade de conduta diversa estão dispostas num rol exemplificativo, admitindo-se causas supralegais (STJ)

Capítulo V

PUNIBILIDADE

Sumário • 1. Conceito; 2. Causas de extinção da punibilidade; 2.1. Morte do agente; 2.2. Anistia, graça e indulto; 2.2.1. Anistia, graça e indulto e os crimes hediondos e equiparados; 2.3. “Abolitio criminis”; 2.4. Decadência; 2.5. Perempção; 2.6. Prescrição; 2.6.1. Conceito; 2.6.2. Hipóteses de imprescritibilidade; 2.6.3. Prescrição: fundamentos; 2.6.4. Prescrição: espécies; 2.6.4.1. Prescrição pretensão punitiva; 2.6.4.2. Prescrição da pretensão executória (PPE); 2.6.5. Prescrição e atos infracionais; 2.6.6. A prescrição da pena de multa; 2.6.7. A redução dos prazos prescricionais (art. 115 do CP); 2.7. Renúncia ao direito de agir; 2.8. Perdão (aceito) do ofendido; 2.9. Retratação do agressor; 2.10. Perdão judicial.

1. CONCEITO

Punibilidade é o direito que tem o Estado de aplicar a sanção penal prevista na norma incriminadora, contra quem praticou a infração penal.

A punibilidade, como se percebe, não integra o conceito analítico de crime, sendo sua **consequência jurídica** (efeito do crime). Extinta a punibilidade, não desaparece o crime, somente seu efeito.

☑ **Então é possível crime sem punibilidade (sem efeito)?**

Zaffaroni e Pierangeli respondem:

“O vocábulo ‘punibilidade’ tem dois sentidos, que devem ser claramente delineados: **a)** punibilidade pode significar merecimento de pena, ser digno de pena no sentido da palavra alemã *Strafwürdig*; neste sentido, todo delito (toda conduta típica, antijurídica e culpável) é punível pelo simples fato de sê-lo; **b)** punibilidade pode significar possibilidade de aplicar a pena, no sentido da palavra alemã *Strafbar*; neste sentido, nem todo o delito é passível de uma aplicação de uma pena, isto é, não se pode dar a todo o delito o que teria merecido. Nem sempre a punibilidade no sentido ‘a’ pode ser satisfeita no sentido ‘b’. Isto não é consequência da falta de qualquer característica do delito, mas é apenas uma questão que tem lugar e opera dentro da própria teoria da coerção penal. A afirmação de que o delito é punível (sentido *a*) surge da afirmação de que é delito, mas a coercibilidade a que este dá lugar nem sempre ocorre, porque possui uma problemática própria e que ocasionalmente impede a sua atuação (sentido *b*).

Pelo simples fato de sê-lo, o delito é merecedor de uma pena (punível e sentido *a*), assim como a criança travessa é merecedora de uma palavra corretiva, por parte da mãe. Mas pode acontecer que, por um motivo que nada tem a ver com o delito em si, a pena não possa ser aplicada, assim como pode acontecer que a mãe não aplique a palmada, porque tem a mão machucada, sem que isto em nada afete a existência da travessura do moleque.”¹.

2. CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O direito de punir **não** é absoluto. Praticado o injusto penal por um agente culpável, é possível que, *in casu*, incida alguma causa extintiva da punibilidade, fazendo com que o Estado não possa aplicar a sanção cominada no tipo penal.

O artigo 107 do Código Penal apresenta um rol meramente exemplificativo de causas que fazem desaparecer o direito de o Estado aplicar a pena, o que significa que outras normas podem dispor sobre o tema. É o que faz, a título de exemplo, o artigo 312, §3º, do Código Penal, anunciando que a reparação do dano (ou restituição da coisa) no peculato culposo atua como causa extintiva de punibilidade²⁻³.

Ademais, admite-se também **causa supralegal de extinção da punibilidade**, citando-se como exemplo a súmula nº 554 do STF⁴, cuja interpretação *contrario sensu* conduz à inteligência de que, o pagamento do cheque sem fundos antes do recebimento da denúncia é causa que extingue o direito de punir.

1. Ob. cit. p. 705-6.

2. CP. Art. 312, § 2º – *Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano. § 3º – No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.*

3. A Lei nº 13.254/16, que criou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), para declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, conforme a legislação cambial ou tributária, estabelece diversas causas extintivas de punibilidade além daquelas elencadas no rol exemplificativo do art. 107 do Código Penal. Se, antes do trânsito em julgado da decisão criminal, o agente efetua a entrega da declaração dos recursos, bens e direitos sujeitos à regularização, paga integralmente o imposto devido e a multa, extingue-se a punibilidade dos seguintes crimes: a) art. 1º e incisos I, II e V do art. 2º da Lei 8.137/90; b) tipificados na Lei nº 4.729/65; c) art. 337-A do Código Penal; d) arts. 297, 298, 299 e 304 do Código Penal, quando exaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes mencionados nas alíneas anteriores; e) caput e parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86; f) art. 1º da Lei nº 9.613/98, quando o objeto do crime for bem, direito ou valor proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes previstos nas alíneas anteriores.

4. STF. Súmula nº 554. *O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.*

Em resumo (e relembrando):

Crime			Efeito
Fato Típico	Ilícitude	Culpabilidade	Punibilidade
O princípio da insignificância aparece como sua causa supralegal de extinção	Admite causa supralegal de exclusão: consentimento do ofendido	A inexigibilidade de conduta diversa é a porta de entrada das causas supraleais de exclusão (desobediência civil, por exemplo)	O rol de causas extintivas no art. 107 é meramente exemplificativo. A Súmula 554 do STF anuncia causa supralegal que faz desaparecer o direito de o Estado punir o agente

Por fim, não podemos confundir causas extintivas da punibilidade com causas de exclusão da punibilidade e condições objetivas de punibilidade.

Nas causas extintivas, o direito de punir nasce, mas desaparece em razão de fato/evento superveniente. Por exemplo, no crime perseguido mediante ação penal de iniciativa exclusiva da vítima, não sendo proposta a ação penal (queixa-crime) no prazo legal, ocorre a decadência, extinguindo o direito de punir do Estado.

Na causa de exclusão, o direito de punir sequer nasce, levando em conta, em regra, determinadas condições pessoais do agente. No furto praticado pela mulher em face do marido, por exemplo, o Estado, no art. 181, I, do CP, por razões de política criminal, anuncia, desde logo, que não tem interesse em punir o fato.

A condição objetiva de punibilidade, por sua vez, suspende o direito de punir até o advento de um fato/evento futuro e incerto, não abrangido pelo dolo do agente, pressuposto para a concretização da punibilidade. Para que a lei penal brasileira seja aplicada ao crime praticado por brasileiro no estrangeiro, concretizando o direito de punir pátrio, é necessário que o fato seja punível também no país em que foi cometido (art. 7º, §2º, “b”, do CP).

Explicam **Juan Ferré Olivé**, **Miguel Nuñez Paz**, **William Terra de Oliveira** e **Alexis Couto de Brito**:

“As causas de exclusão da punibilidade (*Strafausschliessungsgründe*) também conhecidas como escusas absolutórias (*persönliche Straffreiheitsgründen*) são circunstâncias ou requisitos relacionados diretamente com a pessoa do autor. O legislador está consciente de que a conduta é criminosa, e por isso o suficientemente grave para merecer uma pena. Todavia, a própria valoração do legislador indica que este fato, o qual já se afirmou o caráter antijurídico e culpável, deve ser *excepcionalmente* tolerado. Por isso exclui a sanção penal, baseando-se em apreciações prévias de *caráter político*. A formulação destas causas de exclusão da punibilidade é normalmente negativa, excluindo a pena aplicável aos intervenientes que delas se beneficiem. Esta é uma característica diferencial a respeito das condições

objetivas de punibilidade, pois naquelas hipóteses, se a condição não existe, a impunidade favorece a todos. Ainda que se note em algum interveniente uma causa de exclusão da punibilidade, o resto dos participantes receberá a sanção penal correspondente, salvo quando se tratar de uma das excepcionais hipóteses reconhecidas como causas objetivas de exclusão da punibilidade, que favorecem a todos”⁵.

Veremos, em seguida, as causas de extintivas da punibilidade elencadas no artigo 107 do Código Penal:

2.1. Morte do agente

Extingue-se a punibilidade pela morte do agente (indiciado, réu, sentenciado ou executado) em decorrência do princípio *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga) e do princípio constitucional da personalidade da pena, segundo o qual nenhuma sanção criminal passará da pessoa do delinquente (art. 5º, XLV, CF/88⁶).

Em razão dela (morte), **extinguem-se** todos os efeitos penais da sentença condenatória (principais e secundários), permanecendo os extrapenais (a decisão definitiva, por exemplo, conserva a qualidade de título executivo judicial).

Trata-se, por certo, de causa personalíssima, incomunicável aos concorrentes.

A prova da sua existência é a certidão original do assento de óbito e só a vista dela pode o juiz declarar extinta a punibilidade (art. 62 do CPP). **Fernando de Almeida Pedroso** acrescenta:

“Edita o art. 62 do CPP que só a vista da certidão de óbito do agente poderá ser decretada a extinção da sua punibilidade. Afigura-se-nos, contudo, que, em conotação excepcional, quando não se consiga localizar tal documento, possa a extinção da punibilidade igualmente ser proclamada com fulcro em laudo necroscópico que tenha testificado a materialidade da morte do sujeito ativo, falecido em acidente ou vitimado por um crime, porque representa esta prova pericial a jurídica expressão do corpo do delito. A morte presumida, entretanto, anota Mirabete, prevista no art. 10 do CC (atual art. 6º), não é suficiente para a declaração da extinção da punibilidade”⁷.

Há quem sustente (Damásio e Capez) que, se depois de transitada em julgado a sentença declaratória extintiva da punibilidade, ficar constatada a falsidade da certidão de óbito juntada aos autos, não mais poderá ser revista, vez que vedada a revisão criminal

5. Ob. cit. p. 522.

6. CF/88. Art. 5º, XLV – *nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.*

7. Ob. cit. p. 805. Para Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, no caso de morte presumida (CC, art. 6º), uma vez expedida a certidão de óbito extingue-se a punibilidade (ob. cit. vol. 2, p. 644).

pro societate, remanescendo, porém, a possibilidade de se punir o autor pelo uso de documento falso, com previsão no art. 304 do Código Penal.

Ousamos, contudo, divergir.

Entendemos, seguramente, que tal decisão, que reconheceu a extinção de punibilidade, é **inexistente**, não passa de “forma sem conteúdo”, logo, insuscetível de sofrer os efeitos da coisa julgada. Com efeito, *quod nullum est nullum producit effectum*. Dentro desse espírito, encontramos corrente lecionando ser possível o desfazimento da decisão extintiva do direito de punir (**Mirabete**, encontrando respaldo em decisões do STF).

Note-se que a morte do condenado não impede revisão criminal, porém veda a reabilitação.

A morte da vítima extingue a punibilidade do réu na ação penal de iniciativa privada personalíssima (único exemplo: art. 236 do CP⁸).

Segundo o STJ, esta causa extintiva da punibilidade pode ser aplicada analogicamente nos crimes imputáveis a pessoas jurídicas que, durante o processo, tenham sido extintas sem indícios de fraude. Isso porque, ainda que a imputação criminal recaia em pessoa jurídica, não se aplicam as regras de transmissibilidade das obrigações patrimoniais, mas sim os princípios do Direito Penal, dentre os quais o da intranscendência da pena:

“1. A conduta descrita na denúncia foi supostamente praticada pela sociedade empresária AGRÍCOLA JANDELLE S.A., posteriormente incorporada por SEARA ALIMENTOS LTDA. 2. A incorporação gera a extinção da sociedade incorporada, transmitindo-se à incorporadora os direitos e obrigações que cabiam à primeira. Inteligência dos arts. 1.116 e 1.118 do CC, bem como do art. 227 da Lei 6.404/1976. 3. A pretensão punitiva estatal não se enquadra no conceito jurídico-dogmático de obrigação patrimonial transmissível, tampouco se confunde com o direito à reparação civil dos danos causados ao meio ambiente. Logo, não há norma que autorize a transferência da responsabilidade penal à incorporadora. 4. O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento. 5. Extinta legalmente a pessoa jurídica ré – sem nenhum indício de fraude, como expressamente afirmou o acórdão recorrido –, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, com a

8. CP. *Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento*. Art. 236 – *Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena – detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único – A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.*

consequente extinção de sua punibilidade. 6. Este julgamento trouxe de situação em que a ação penal foi extinta pouco após o recebimento da denúncia, muito antes da prolação da sentença. Ocorrendo fraude na incorporação (ou, mesmo sem fraude, a realização da incorporação como forma de escapar ao cumprimento de uma pena aplicada em sentença definitiva), haverá evidente distinção em face do precedente ora firmado, com a aplicação de consequência jurídica diversa. É possível pensar, em tais casos, na desconsideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena. 7. Diversamente, a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, bem como os efeitos extrapenais de uma sentença condenatória eventualmente já proferida quando realizada a incorporação, são transmissíveis à incorporadora. 8. Recurso especial desprovido.”⁹

2.2. Anistia, graça e indulto

Prevê o Código Penal como causas extintivas da punibilidade a anistia, a graça e o indulto (art. 107, inc. II), formas de renúncia do Estado ao seu direito de punir, sendo perfeitamente cabíveis nos crimes de ação penal privada, casos em que se transfere para o particular apenas o **direito de perseguir a punição**. Com efeito, a titularidade do **direito de punir** permanece do Estado.

Vejamos cada um dos institutos, separadamente.

Na **anistia** o Estado, por meio de lei penal, devidamente discutida no Congresso Nacional e sancionada pelo executivo federal, por razões de clemência, política, social etc., esquece um fato criminoso, apagando seus efeitos penais (principais e secundários). Os efeitos extrapenais, no entanto, são mantidos, podendo a sentença condenatória definitiva ser executada no juízo cível, por exemplo.

Nos crimes acessórios, que dependem de crime anterior para existirem (ex: receptação, lavagem de dinheiro etc.), havendo anistia do delito pretérito, fica o Estado impedido de punir o crime subsequente?

Para Nélson Hungria, não sem razão, a anistia do crime anterior não afeta a existência do crime seguinte. Se João, por exemplo, receptou coisa sabidamente criminosa, ainda que concedida a anistia em relação ao delito passado, João pode ser processado e julgado pelo crime de receptação.

Note que, uma vez concedida a anistia (renunciando o Estado seu poder de punir), não pode lei superveniente impedir seus (anistia) efeitos extintivos da punibilidade; deve ser respeitada a garantia constitucional da proibição da retroatividade maléfica.

A anistia pode ser:

(A) **Própria** (quando concedida antes da condenação) ou **imprópria** (quando concedida depois da condenação);

9. REsp 1.977.172/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 24/08/2022.

(B) **Irrestrita** (quando atinge indistintamente a todos os criminosos) ou **restrita** (atinge certos criminosos, exigindo-se determinadas condições pessoais do agente para a obtenção do benefício, como por exemplo, a sua primariedade);

(C) **Incondicionada** (quando a lei não impõe qualquer requisito para a sua concessão) ou **condicionada** (quando a lei impõe algum requisito – ex: ressarcimento do dano);

(D) **Comum** (incide sobre delitos comuns) e **especial** (aplica-se a crimes políticos).

A doutrina, de modo geral, trata a **graça** e o **indulto** em conjunto, considerando as inúmeras semelhanças entre os dois institutos.

Ambos são concedidos pelo Presidente da República¹⁰, via decreto presidencial (art. 84, XII, CF/88 – ato administrativo), podendo ser delegada a atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União.

Atingem apenas os efeitos executórios penais da condenação, subsistindo o crime, a condenação irrecorrível e seus efeitos secundários (penais e extrapenais). Nesse sentido temos a Súmula 631 do STJ¹¹.

Assim, destacamos, desde logo, as diferenças entre essas duas formas de renúncia e a primeira (anistia):

Anistia	Graça e Indulto
Lei penal	Decreto
Pode ser concedida antes da condenação	Pressupõem condenação
Extingue todos os efeitos penais	Extinguem somente o efeito executório: o cumprimento da pena

Por sua vez, graça e indulto têm entre si a seguinte distinção:

10. A concessão do indulto é prerrogativa do presidente da República, que estabelece seus termos e os requisitos que devem cumprir os condenados. Isso não impede, contudo, que, a depender de seu conteúdo e dos efeitos daí advindos, o Poder Judiciário atue para repelir o desvio de finalidade no exercício da prerrogativa. Foi o que aconteceu com o Decreto Presidencial de 21/04/2022, que concedia graça ao então deputado Daniel Silveira, condenado pelo STF na AP 1.044 pela prática de crime contra o Estado Democrático de Direito e por coação no curso do processo. O decreto foi atacado por meio da ADPF 964, julgada procedente pelo tribunal, que concluiu ter havido violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, assim como desvio de finalidade, pois o ato se fundamentou em objetivos de ordem pessoal, distintos daqueles autorizados pela Constituição Federal. Alguns anos antes, a ministra Cármen Lúcia já havia decidido algo semelhante em medida cautelar concedida contra o Decreto 9.246/17, que contemplava com indulto condenados que houvessem cumprido determinados requisitos até o dia 25 de dezembro daquele ano. Em virtude da possibilidade de beneficiar condenados por graves crimes de corrupção com o pressuposto de cumprimento de ínfima parcela da pena, o decreto foi em parte atacado por meio de ação direta de inconstitucionalidade. A ministra deferiu a cautelar fundamentada basicamente em dois aspectos: desvio de finalidade do decreto e violação do princípio da proibição da proteção deficiente. Mas, naquele caso, em julgamento realizado já em 2019, o Plenário do tribunal não referendou a cautelar e julgou improcedente a ação direta, sob o fundamento de que o indulto é ato privativo do presidente da República, que estabelece os requisitos que considerar adequados, sem que o Judiciário possa substituí-lo nesta função.
11. “O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais”.

Graça	Indulto
Benefício individual, com destinatário certo	Benefício coletivo, sem destinatário certo
Depende de provocação do interessado ¹²	Não depende de provocação do interessado

A graça e o indulto podem ser:

(A) **Plenos** (quando extinguem totalmente a pena) ou **parciais** (quando concedem apenas diminuição da pena ou sua comutação)¹³;

(B) **Incondicionados** (quando o decreto não impõe qualquer requisito para a sua concessão) ou **condicionados** (quando o decreto impõe algum requisito – ex: ressarcimento do dano).

Os requisitos gerais para a concessão do indulto são estabelecidos no próprio decreto presidencial, pois fazem parte da competência privativa do presidente da República. A análise do cumprimento dos requisitos deve ser estritamente vinculada aos termos do decreto, e só é possível negar o indulto se o condenado não atender às disposições ali contidas. Em razão disso, o STJ já decidiu, por exemplo, que o indulto não pode ser negado se o agente teve o livramento condicional revogado, a não ser, obviamente, que a objeção esteja contida no decreto presidencial:

“A controvérsia cinge-se à possibilidade de considerar o descumprimento das condições do livramento condicional como falta grave, apta a obstaculizar a concessão do indulto.

Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, para a análise do pedido de indulto ou comutação de penas, o magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do presidente da República. Dessa forma, qualquer outra exigência caracteriza constrangimento ilegal.

O art. 3º do Decreto n. 7.873/2012 prevê que apenas falta disciplinar de natureza grave prevista na Lei de Execução Penal cometida

12. Antes da Lei 7.210/84 (LEP), o instituto da graça e do indulto era trabalhado somente no CPP, rezando seu art. 734: “A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente”. Lendo o artigo, conclui-se que a graça era concedida mediante provocação ou de ofício pelo Presidente da República. Contudo, com o advento da LEP, o capítulo da graça e do indulto no CPP se aplica subsidiariamente, apenas nos pontos em que a LEP for omissa. A LEP, diferentemente do CPP, no art. 188, proibiu o Presidente da República conceder a graça de ofício, sempre demandando pedido do interessado: O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

13. O STF decidiu não ser possível computar, para o requisito temporal do indulto, o período de prova relativo ao *sursis*, pois, para o efeito extintivo da punibilidade, não se confunde o cumprimento parcial da pena (requisito objetivo do indulto) com o período em que a pena permaneceu suspensa (HC 123.698/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 26/11/2015).

nos 12 (doze) meses anteriores à data de publicação do decreto, pode obstar a concessão do indulto.

É cediço, portanto, que o descumprimento das condições do livramento condicional não encontra previsão no art. 50 da Lei de Execuções Penais, o qual elenca de forma taxativa as faltas graves. Eventual descumprimento de condições impostas não pode ser invocado a título de infração disciplinar grave a fim de impedir a concessão do indulto.

Desse modo, não há amparo no decreto concessivo para que faltas disciplinares não previstas na LEP sejam utilizadas para obstar a concessão do indulto, a título de não preenchimento do requisito subjetivo”.¹⁴

2.2.1. Anistia, graça e indulto e os crimes hediondos e equiparados

O inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 determina que os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

A Constituição Federal, contudo, é menos restritiva, já que, no inciso XLIII do art. 5º, impede somente a concessão de anistia e graça, nada mencionando acerca da proibição do indulto.

Diante desse quadro, inevitável o questionamento: a ampliação pelo legislador ordinário é constitucional?

Pela impossibilidade de ampliação, leciona **Alberto Silva Franco**¹⁵. Se as causas extintivas da punibilidade vedadas no texto constitucional eram duas, não poderia a lei infraconstitucional estatuir uma terceira limitação. Observa-se, ainda, que a concessão do indulto está entre as atribuições privativas do Presidente da República, não podendo o legislador ordinário limitá-lo no exercício dessa atribuição.

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser o indulto modalidade do poder de graça do Presidente da República, e, por isso, alcançado pela vedação constitucional. Não bastasse, a Constituição Federal trouxe vedações mínimas, permitindo ao legislador ordinário ampliá-las. Nesse sentido:

“Habeas corpus – Vedação ao benefício da comutação da pena – Constrangimento ilegal – Inocorrência – Habeas corpus indeferido. O disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, bem como o art. 2º, inciso I, da Lei 8.072/90, vedam a concessão de graça ou anistia aos condenados pela prática dos crimes definidos como hediondos. A questão do presente writ já foi largamente discutida por esta Corte, encontrando-se pacificado, em ambas as Turmas, o entendimento de que, sendo a comutação da pena espécie de indulto parcial, o Decreto Presidencial 3.226, de 29.10.1999,

14. AgRg no HC 537.982/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/04/2020.

15. Ob. cit. p. 1182-3.

não se aplica ao condenado pela prática de crime hediondo. Precedentes. Ordem indeferida.” (HC 86.615/RJ, 2.^a T., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.11.2006).

Em que pese o Pretório Excelso ter decisões no sentido da ampla aplicação da proibição constitucional, até mesmo para os crimes praticados anteriormente à vigência da Lei 8.072/90 (RHC 84572/RJ, 1.^a T., rel. Min. Marco Aurélio, relator p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03.12.2004), não é a posição que prevalece atualmente na Corte, mas sim a da irretroatividade da lei mais gravosa (RE 607666 DF, 1.^a T., rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 23.02.2011).

☑ Aos crimes hediondos e equiparados, admite-se o indulto humanitário, ou seja, aquele concedido por razões de grave deficiência física ou em virtude de debilitado estado de saúde do requerente?

Prevalece o entendimento de que a referida causa extintiva da punibilidade pode ser concedida inclusive para condenados por crimes hediondos ou assemelhados, hipótese à qual não seria aplicável a vedação do art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90. Por força do princípio da humanidade, até mesmo condenados por crimes de especial gravidade têm o direito de padecer seu estado doentio em sossego ou de preparar-se para a morte com dignidade, notadamente nas hipóteses em que os cuidados médicos não possam ser prestados no próprio estabelecimento penal.¹⁶ A título de exemplo, o Decreto de Indulto de 2012 (n. 7.873/12) autorizou expressamente a concessão do indulto natalino às pessoas com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito, mesmo que a condenação seja referente à prática de crime de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e crimes hediondos (Dec. 7.873/12, art. 1º, inciso X, alínea “a”, c/c art. 8º, parágrafo único).

A 2ª Turma do STF, no entanto, reiterou jurisprudência no sentido de não ser possível o deferimento de indulto a réu condenado por tráfico de drogas, ainda que precário estado de saúde do condenado. A Turma asseverou que o fato de a paciente estar doente ou ser acometida de deficiência visual não seria causa de extinção da punibilidade nem de suspensão da execução da pena (HC 118213/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.5.2014).

☑ Admite-se o indulto no tráfico de drogas privilegiado?

No delito de tráfico (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas podem ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (§ 4º). Em resumo, abrange somente o traficante agindo de modo individual e ocasional. Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal. O entendimento dominante era no

16. LEAL, João José. A Lei n. 8.072/90 – LCH e a proibição do indulto humanitário, *Boletim IBCCrim*, n. 147, fevereiro de 2005.

sentido de que a causa de diminuição de pena não retirava a hediondez do crime, tanto que, em 2014, o STJ editou a súmula 512 exatamente nesses termos. Ocorre que, em 23/06/2016, julgando o *habeas corpus* 118.533/MS, relatado pela Min. Cármen Lúcia, o STF decidiu que o privilégio não se harmoniza com a hediondez, razão pela qual, uma vez aplicada a minorante, afasta-se o caráter hediondo do delito. Em razão disso, o STJ cancelou aquela súmula e tem decidido que o indulto é admissível:

“II – O STF, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no HC n. 118.533, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06. III – A Terceira Seção desta Corte, por decisão unânime, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS – Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. IV – Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal nas decisões das instâncias ordinárias, uma vez que indeferiram o benefício de indulto de penas com base exclusivamente no caráter reputado hediondo do tráfico privilegiado, em desconformidade, pois, com o entendimento do col. STF e desta Corte Superior”¹⁷.

Essa conclusão se reforça com a entrada em vigor da Lei 13.964/19, que, ao modificar a Lei de Execução Penal, inseriu no art. 112 o § 5º, segundo o qual o tráfico de drogas privilegiado não é considerado hediondo para os efeitos da progressão de regime. Se é assim, não faz sentido que o crime permaneça hediondo para impedir o indulto.¹⁸

☒ É cabível o instituto do indulto para adolescentes infratores?

Nos termos do art. 228 da CF, os menores de dezoito anos são inimputáveis. Desta feita, não são culpáveis, ficando isentos das consequências penais dos seus atos (penas e medidas de segurança).

Entretanto, para que crianças e adolescentes não fiquem sem a devida resposta estatal diante da prática de condutas que atingem bens jurídicos especialmente tutelados (como a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, dentre outros), há um sistema próprio de responsabilização no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse sistema próprio é baseado na prática do ato infracional.

17. HC 486.522/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 19/02/2019.

18. A propósito, na esteira de decisões que afastaram a hediondez do tráfico privilegiado – e que inclusive inspiraram a inclusão do § 5º no art. 112 da LEP –, o STF editou a súmula vinculante 59, segundo a qual “É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, observados os requisitos do artigo 33, parágrafo 2º, “c”, e do artigo 44, ambos do Código Penal”.

Considera-se ato infracional toda conduta, praticado pela criança e pelo adolescente, descrita em lei como crime ou contravenção penal.

Desta feita, não há no Estatuto um rol de condutas que configuram ato infracional. Para saber se uma criança ou um adolescente praticou ato infracional, o intérprete deve verificar se houve subsunção a alguma conduta descrita em lei como crime ou contravenção penal.

Se a resposta for positiva, sendo o menor de dezoito anos penalmente inimputável, passa a ser aplicado o sistema de apuração do ato infracional presente no Estatuto, que pode culminar na aplicação de alguma medida de natureza socioeducativa e/ou protetiva.

Diante desse quadro, discute-se se podem (ou não) serem agraciados com indulto?

Não se pode perder de vista que o indulto é medida excepcional. Não se pode ignorar, ainda, que as penas têm natureza diversa das medidas socioeducativas. As medidas socioeducativas, aliás, não possuem prazo determinado (salvo exceções específicas), e o seu objetivo – a reeducação do menor de 18 anos – escapa às razões de política criminal presentes no indulto (renúncia estatal ao direito de punir). Enquanto existir o déficit socioeducativo, há necessidade da atuação (não punitiva) estatal.

Nessa linha de pensamento, concatenada à retórica infancista, como regra, o indulto não poderia ser estendido às medidas socioeducativas. Contudo, em casos excepcionais, a aplicação do instituto não tem como ser negada, em especial quando estudada sob o enfoque da retórica influenciada pelo Direito Penal Juvenil, segundo a qual o adolescente tem todos os direitos dos adultos, além de outros que lhe são específicos. Nesse sentido temos o escólio de Luciano Rossato. Para o culto procurador do Estado paulista, se o adulto faz jus ao indulto, tal direito não poderia ser excluído em relação ao adolescente. Trata-se do mesmo raciocínio empregado para com a teoria da prescrição da medida socioeducativa (Súmula nº 338, do Superior Tribunal de Justiça).

Como se vê, embora não esteja previsto expressamente, aplica-se ao adolescente o instituto da prescrição justamente por estar previsto para os adultos¹⁹.

Admitindo-se a viabilidade do indulto, há necessidade de que sejam analisados os detalhes de seu processamento.

O adolescente que entender fazer jus ao indulto deve requerer a extinção da medida socioeducativa ao Juízo da Execução. Se o indulto for parcial, deverá o juiz analisar qual será o seu proporcional impacto na medida, podendo extingui-la ou até mesmo determinar o prosseguimento da execução em outros termos.

2.3. “Abolitio criminis”

Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória (art. 2º

19. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/01/03/o-indulto-presidencial-poderia-alcancar-medidas-socioeducativas-aplicadas-aos-adolescentes-2/> (acessado dia 31 de julho de 2019).

CP). Desse modo, se lei nova abolir do ordenamento penal lei incriminadora, o fato não é mais punível, ainda que praticado no momento em que existia a incriminação, prevalecendo, no caso, a regra nova (retroatividade). Aliás, mesmo que exista condenação transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.

O assunto foi abordado em tópico passado, mais precisamente no capítulo da eficácia da lei penal no tempo.

2.4. Decadência

A decadência está prevista como causa extintiva da punibilidade no art. 107, IV, do CP.

Consiste na perda do direito de ação pela consumação do termo prefixado pela lei para o oferecimento da queixa (nas ações penais de iniciativa privada) ou representação (nas ações penais públicas condicionadas), demonstrando, claramente, a inércia do seu titular.

Extinto o direito de ação, perde o Estado, por conseguinte, também o seu direito de punir.

O artigo 103 do Código Penal (bem como o art. 38 do CPP) estabelece que, salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exercer dentro de prazo de seis meses, **contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime** (esse termo inicial visa alcançar aquelas infrações cometidas na clandestinidade ou cuja autoria não é conhecida de plano), ou, na hipótese de ação privada subsidiária da pública, **do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia** (se o MP, apesar de não ter oferecido a denúncia, requereu diligências ou mesmo arquivamento do inquérito, não se reconhece inércia, logo, inviável a ação subsidiária da vítima)²⁰.

Em resumo:

Ação penal pública condicionada à representação e ação penal privada	Ação penal privada subsidiária da pública
O prazo decadencial tem como termo inicial o dia em que se conhece a autoria.	O termo inicial da decadência começa a ser contado do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia.
Se decorrer o prazo de 6 meses, ocorre decadência extinguindo a punibilidade.	Se decorrer o prazo de 6 meses, ocorre decadência sem a extinção da punibilidade, pois o MP continua legitimado para ajuizar a ação penal.

20. Interessante notar que, prevendo o CP marcos iniciais diferentes, poderá haver prescrição sem haver decadência e, da mesma maneira, haver decadência sem que exista prescrição. Com efeito. A contagem do prazo prescricional, em regra, é contada da data em que a infração se consumou (art. 111 do CP); a contagem da decadência, em regra, da data em que se tomou conhecimento da autoria do fato (art. 103 do CP). Suponhamos que JOÃO teve seu carro danificado (crime previsto no art. 163 do CP, de iniciativa privada), e não conseguiu apurar a autoria. Depois de três anos, o Estado perde o direito de punir pela prescrição (não havendo decadência). Por outro lado, se JOÃO, logo após o dano, conhece a autoria, mas demora sete meses para oferecer a queixa, ocorre a decadência (e não a prescrição).

Alerta **Fernando de Almeida Pedroso:**

“Havendo co-autoria ou participação, o prazo decadencial, como ressoa da unânime voz de nossos doutrinadores, tem seu dies a quo assinalado pelo conhecimento do primeiro autor do fato punível. Foram desprezados, nesse passo, os critérios do conhecimento sucessivo dos agentes e o do conhecimento do último.”²¹

O termo decadencial é contado na forma do art. 10, CP, computando-se o dia de início e excluindo o dia do fim. Trata-se de prazo fatal, ou seja, improrrogável, não ficando sujeito a causas de interrupção ou suspensão.

Atente-se para o fato de que, na continuidade delitiva (art. 71, CP), o prazo decadencial deve ser considerado em relação a cada delito isoladamente. Em se tratando de crime permanente, o prazo fatal começa a fluir apenas depois de cessada a permanência.

O direito de queixa ou de representação, até o ofendido completar dezoito anos, deve ser exercido, em seu nome, pelo representante legal. Com 18 (dezoito) anos completos, desaparece o representante, ficando apenas ele (ofendido) legitimado a representar.

Caso o representante legal não tenha ofertado tempestiva representação, a vítima, quando maior, poderá fazê-lo. Até a maioridade não corre para o ofendido o prazo de decadência (apenas para o seu representante legal).

Se a vítima, apesar de maior de 18 anos, for doente mental, o seu direito de representar passará ao seu representante legal, desde que não haja conflito de interesses entre eles. Se o curador é quem está sendo investigado, deve o juiz nomear um curador especial.

2.5. Perempção

O art. 107, inc. IV, prevê também a perempção, conceituada como sanção processual ao querelante inerte ou negligente. Roberto Delmanto Junior a considera “efeito natural de sua conduta processual penal omissiva”²².

Esta causa de extinção da punibilidade incide somente na **ação penal de iniciativa privada**, desde que exclusiva ou personalíssima, uma vez que, tratando-se de ação penal privada subsidiária da pública, a inércia do querelante implica a retomada da titularidade da ação por parte do Ministério Público.

As hipóteses de perempção²³ estão enunciadas no artigo 60 do Código de Processo Penal:

(A) quando, iniciada a ação penal privada, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

(B) quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

21. Ob. cit. p. 811.

22. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 329.

23. O tema será novamente analisado e aprofundado quando do estudo da “ação penal”.

(C) quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

(D) quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

De acordo com a jurisprudência dominante, configura-se a perempção quando da não apresentação de contrarrazões a recurso do querelado. Por outro lado, não ocorre perempção na hipótese de apresentação de razões recursais intempestivas.

Havendo pluralidade de querelantes, a sanção processual em relação ao desidioso não atinge os demais.

Seja qual for a hipótese de perempção, a consequência é a extinção da punibilidade, ficando vedada a interposição de nova ação por aquele fato.

2.6. Prescrição

2.6.1. Conceito

A prescrição é a perda, em face do decurso do tempo, do direito de o Estado punir (prescrição da pretensão punitiva) ou executar uma punição já imposta (prescrição da pretensão executória).

Trata-se de um limite temporal ao direito de punir do Estado. Sendo matéria de ordem pública, deve ser conhecida, ainda que de ofício, pelo juiz. Nesse sentido dispõe o artigo 61 do Código de Processo Penal: *“Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício”*.

Antes de aprofundar o tema, vamos esclarecer, desde já, as diferenças com a decadência e a perempção.

Vejamos:

Decadência	Prescrição	Perempção
Atinge diretamente o direito de ação.	Atinge diretamente o direito de punir ou executar punição já imposta.	Atinge o direito de prosseguir na ação.
Só ocorre nos crimes de ação penal privada e nos crimes de ação penal pública condicionada a representação do ofendido (6 meses).	Pode ocorrer tanto nas ações penais públicas (condicionadas ou não), quanto nas ações penais privadas (não importando a espécie).	Só ocorre nos crimes de ação penal privada (exclusiva ou personalíssima)
Sempre ocorre antes da ação penal	Pode ocorrer a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado da sentença.	Só ocorre após o início da ação penal.

2.6.2. Hipóteses de imprescritibilidade

Os crimes, ordinariamente, por mais graves que sejam, prescrevem. A Constituição Federal estabeleceu como **regra a prescritibilidade**, anotando o legislador constituinte ordinário as exceções. Com efeito, são imprescritíveis **(A)** o crime de racismo, tipificado na Lei nº 7.716/89 (art. 5º, XLII, CF/88)²⁴; **(B)** os delitos praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88).

A **tortura**²⁵, embora grave e equiparada a crime hediondo, **não** é imprescritível. Entendemos que não pode o legislador (nem mesmo através de emenda constitucional) criar outras hipóteses de imprescritibilidade porque a prescrição é uma garantia fundamental do cidadão contra o Estado. Não obstante, devemos ressaltar que o Brasil aderiu ao Tribunal Penal Internacional e, nos termos do artigo 29 do Estatuto de Roma (incorporado ao direito brasileiro através do dec. nº 4.388/2002), os crimes de competência do TPI são imprescritíveis. Como a tortura está elencada no artigo 7º, 1, “f”, do Estatuto, parte da doutrina alega que a norma conferiria a imprescritibilidade a tal delito. Majoritariamente, contudo, compreende-se que o Estatuto de Roma é tratado com *status* de **norma supralegal**, sem força suficiente para afastar a **garantia implícita constitucional da prescritibilidade**.

2.6.3. Prescrição: fundamentos

Com Cezar Roberto **Bitencourt**, podemos apontar os principais **fundamentos políticos** que sustentam a legitimidade da prescrição:

- 1) o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato;
- 2) o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso;
- 3) o Estado deve arcar com sua inércia;
- 4) o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório²⁶.

Em resumo, o tempo faz desaparecer o interesse social de punir.

24. Em 2015, no julgamento de agravo regimental no REsp 686.965/DF, o STJ inseriu a injúria racial no âmbito dos crimes de racismo, tornando-a imprescritível, pois cometida com sentido de segregação, somando-se às definições da Lei nº 7.716/89. Em 2021, o STF seguiu a mesma linha no julgamento do HC 154.248/DF. Para adequar a tipificação ao que vinham decidindo os tribunais superiores, a Lei 14.532/23 excluiu da forma qualificada da injúria as ofensas em que se utilizam elementos referentes a raça, cor, etnia ou procedência nacional. Essas modalidades de preconceito migraram para o art. 2º-A da Lei 7.716/89. Embora essa lei também tipifique crimes em virtude do preconceito religioso, a injúria cometida nesse contexto continua sendo punida na forma do art. 140, § 3º, do CP.

25. A Lei nº 12.847/13 instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A Lei estabelece a criação de diversos mecanismos contra a tortura, como o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura- SNPCT, composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – CNPCT, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional.

26. Ob. cit., p. 972-973.

2.6.4. Prescrição: espécies

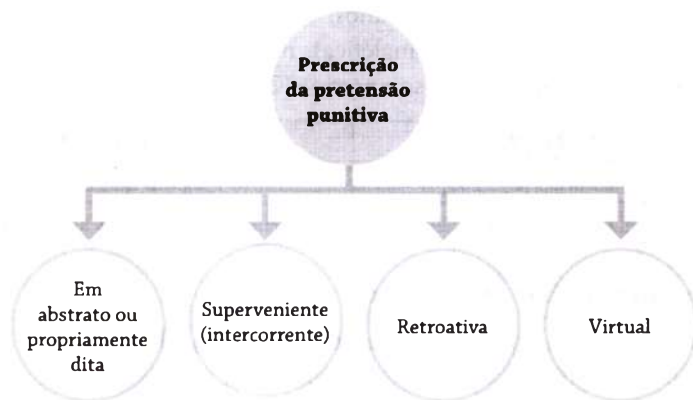
Existem duas principais espécies de prescrição:

A) da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença e extingue o direito de punir do Estado, impedindo-o de acionar o Poder Judiciário na busca da aplicação da lei penal ao fato cometido pelo agente, ou, caso exercido o direito de ação, impedindo-o de ver julgado, definitivamente, o processo em curso;

B) da pretensão executória (art. 110, *caput*, do CP), esta posterior ao trânsito em julgado, impedindo o Estado de executar a punição (pena ou medida de segurança) imposta na sentença definitiva, subsistindo, porém, os efeitos secundários da condenação.

A prescrição da pretensão punitiva, por sua vez, apresenta quatro formas:

- 1) propriamente dita (em abstrato), tratada no art. 109 do CP;
- 2) superveniente, disposta no art. 110, § 1º;
- 3) retroativa, prevista no art. 110, § 1º;
- 4) e virtual ou antecipada (criada pela jurisprudência).



Vejamos cada uma das suas espécies.

2.6.4.1. Prescrição da pretensão punitiva

2.6.4.1.1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição em abstrato (PPPA)

Tendo o Estado a tarefa de buscar a punição do delinquente, deve dizer até quando essa punição lhe interessa (não podendo eternizar o direito de punir). Sendo incerto o *quantum* (ou tipo) da pena que será fixada pelo juiz na sentença, o prazo prescricional é resultado da combinação da pena máxima prevista abstratamente no tipo imputado ao

agente e a escala do art. 109²⁷. Para melhor visualizar esta escala, representaremos as penas nos valendo dos “*varais*” utilizados pelo professor de matemática, no ensino médio, para ensinar aos alunos a determinar o domínio da função das inequações:

Pena em abstrato do crime	Representação	Prescrição
Menor que 1 ano	 1	em 3 anos
De 1 ano até 2 anos	1  2	em 4 anos
Superior a 2 anos até 4 anos	2  4	em 8 anos
Superior a 4 anos até 8 anos	4  8	em 12 anos
Superior a 8 anos até 12 anos	8  12	em 16 anos
Superior a 12 anos	12 	em 20 anos

Deve-se observar que o prazo prescricional previsto para os crimes com pena de até um ano foi alterado pela Lei 12.234/2010. Tais delitos prescreviam em 2 (dois) anos. Com a mudança, prescrevem em 3 (três) anos. Como a ampliação do prazo prescricional é hipótese de *novatio legis in pejus* (lei maléfica), não retroage para alcançar os fatos pretéritos, que continuam seguindo o lapso anterior (2 anos).

ANTES DA LEI 12.234/2010	DEPOIS DA LEI 12.234/2010
Prazo máximo de 20 anos (art. 109, I)	Prazo máximo de 20 anos (art. 109, I)
Prazo mínimo de 2 anos (art. 109, VI)	Prazo mínimo de 3 anos (art. 109, VI)

(A) PPPA: pena máxima em abstrato

Tendo em vista serem várias as circunstâncias que influenciam na quantidade da pena, vejamos quais devem ser consideradas e quais devem ser afastadas na busca da **pena máxima abstrata** (norte da PPPA):

(i) Qualificadoras

As qualificadoras representam uma pena autônoma, distinta do tipo básico, motivo pelo qual deverão ser consideradas para a identificação da pena máxima abstrata.

Exemplo: no crime de homicídio simples, cuja pena é de 6 a 20 anos, deve-se trabalhar com o limite máximo de 20 anos (art. 121, *caput*, CP); em se tratando de homicídio qualificado, a prescrição é calculada com base na pena máxima de 30 anos (art. 121, § 2º, CP).

(ii) Circunstâncias judiciais

27. Sendo instituto eminentemente penal, deverá ser aplicado, para fins de cômputo dos prazos prescricionais, o artigo 10 do Código Penal: “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”.

Previstas no artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias judiciais não têm *quantum* (de aumento ou diminuição) previsto em lei, bem como sua incidência não é capaz de alterar os limites mínimo e máximo definidos no tipo penal, justificando o porquê de não serem consideradas para fins de prescrição.

(iii) Agravantes e atenuantes

Para encontrar a pena máxima em abstrato, desprezam-se as agravantes e atenuantes, valendo, aqui, os motivos que justificam a não aplicação das circunstâncias judiciais: patamar de aumento e diminuição não previstos em lei e impossibilidade de, com a sua incidência, elevar a pena além do limite máximo ou reduzir aquém do patamar mínimo (como, aliás, anuncia a súmula nº 231, STJ²⁸).

As atenuantes da menoridade e da senilidade (art. 65, I, CP), entretanto, por força do disposto no artigo 115 do Código Penal, têm força para reduzir o prazo prescricional pela metade.

Por fim, a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva (súmula nº 220, STJ), muito embora tenha importantes reflexos quando da análise da prescrição da pretensão executória, como adiante será observado.

(iv) As causas de aumento ou de diminuição da pena

Uma vez que as majorantes e minorantes têm aumento e diminuição ditados em lei, sendo capazes de extrapolar os limites máximo e mínimo da pena cominada, o cômputo da pena máxima abstrata deverá levá-las em consideração.

Em se tratando de aumento ou diminuição variável (ex: 1/3 a 2/3), deve ser aplicada a **teoria da pior das hipóteses**: para a causa de aumento, considera-se o maior aumento possível (2/3, considerando nosso exemplo); para a causa de diminuição, a menor redução cabível dentre os parâmetros fixados no dispositivo respectivo (de acordo com o exemplo, 1/3).

(v) Concurso de crimes

Em caso de concurso material, concurso formal e de crime continuado, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente (art. 119, CP), lembrando que, *“em caso de continuidade delitiva, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”* (súmula nº 497, STF). À época da edição da súmula (1969), muito anterior à redação atual do art. 119, o STF decidia reiteradamente (não sem acalorados debates, como se extrai do julgamento proferido no RHC 43.740, DJ 15/06/1967) que, ao inserir na lei a possibilidade de continuidade delitiva, o legislador pretendia beneficiar o autor de condutas que, por suas características, haviam de ser consideradas como se fossem apenas uma ação delituosa. Se o intuito do legislador havia sido beneficiar o agente no momento da aplicação da pena, seria ilógico, para calcular a prescrição, fazer incidir a fração de aumento.

28. STJ. Súmula nº 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

(B) PPPA: consequências

Do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, decorrem as seguintes consequências:

- (i) Desaparece para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito;
- (ii) Eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal);
- (iii) O acusado não será responsabilizado pelas custas processuais;
- (iv) Terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado.

(C) PPPA: termo inicial

O **termo inicial** da prescrição da pretensão punitiva em abstrato é disciplinado pelo artigo 111 do Código Penal:

i) Do dia em que o crime se consumou. O CP adotou a teoria do resultado para o começo do prazo prescricional, embora, em seu artigo 4º, considere que o crime é praticado no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o do resultado (teoria da atividade). Assim, o crime ocorre no momento em que se dá a ação ou omissão, mas a prescrição só começa a correr a partir da sua consumação.

ii) No caso da tentativa, do dia em que se verificou o último ato configurador da tentativa, isto é, do dia em que cessou a atividade criminosa;

iii) No crime permanente, do dia em que cessa a permanência, isto é, a partir do dia em que findou para o agente seu poder sobre o curso da ação criminosa. Se a consumação se protraí no tempo, nada mais natural do que iniciar a contagem do prazo prescricional no momento em que cessa a conduta. Este termo inicial se aplica em crimes como extorsão mediante sequestro, algumas modalidades de receptação (transportar, conduzir, ocultar), algumas de tráfico de drogas (expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar) e até mesmo em crimes ambientais, como já decidiu o STJ a respeito do impedimento à regeneração de florestas e demais formas de vegetação (art. 48 da Lei 9.605/98), quando alguém edifica na área destruída e impossibilita que a vegetação se recomponha.²⁹

iv) Nos crimes de bigamia e falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, a prescrição começa a correr desde a data em que o crime se tornou conhecido. O Código Penal, ao estabelecer o termo inicial da prescrição para tais casos, fugiu à regra do inciso I do art. 111, atendendo ao fato de que esses crimes são de difícil descoberta, pois rodeados de precauções e dissimulações. Se a eles fosse aplicado o disposto no inciso I do art. 111, prescreveriam com facilidade.

29. AgRg no REsp 1.840.129/RN, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/08/2020.

v) Nos crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam violência contra a criança e o adolescente, previstos no Código Penal ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. A Lei 12.650, no ano de 2012, acrescentou ao artigo 111 novo termo inicial da prescrição, específico para os crimes contra a dignidade sexual praticados contra crianças e adolescentes, não importando se previstos no CP (Tit. VI da Parte Especial) ou em legislação extravagante (Código Penal Militar, por exemplo). Dez anos depois, a Lei Henry Borel (14.344/22) modificou a redação do inciso para nele incluir quaisquer crimes que envolvam violência contra a criança e o adolescente, não somente contra a dignidade sexual³⁰.

Enquanto a vítima (criança ou adolescente) não completar dezoito anos, não corre o prazo fatal (prescricional), salvo se até o advento da maioridade for proposta a ação penal (caso em que o prazo se inicia do recebimento da denúncia, art. 117, I, do CP³¹). Se,

30. Estão abrangidos, nesse tanto, todas as formas de violência contra criança e adolescente, previstas no art. 4º, da Lei 13.431/17, isto é: I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico; II - violência psicológica: a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (*bullying*) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional; b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este; c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha; III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda: a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro; b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico; c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação; IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização; V - violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional.
31. Cleber Masson, em sentido diverso, sustenta que “A ação penal se considera proposta no dia em que o Ministério Público (ou querelante) oferece a denúncia (ou queixa crime). De fato, se o dispositivo legal versasse sobre o “recebimento”, seria de todo inútil, em face da interrupção da prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 117, inc. I)” (Ob. cit., p. 949). No anteprojeto do novo Código de Processo Penal, o art. 252 determina que se considera proposta a ação penal no momento de sua distribuição.

todavia, ocorrer a morte da vítima, a prescrição começa a correr da morte, não de quando se completariam os dezoito anos. Com a sua morte, o termo inicial diferenciado perde sentido.

Tratando-se de normas que ampliam o espectro punitivo do Estado, obviamente não alcançam os fatos pretéritos à sua entrada em vigor, evitando-se a retroatividade maléfica e a ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Não se trata de mais um caso de imprescritibilidade (mesmo porque o legislador ordinário não poderia suplantiar as hipóteses de crimes sem prescrição taxativamente previstos na Constituição Federal). Apenas se buscou, com base na Carta Maior (art. 227, § 4º – “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”) a eficiência na punição do agressor, evitando uma proteção deficiente do Estado. O STF, no HC 104.410/RS, bem alerta que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela.

Em resumo:

Crime	Termo inicial da prescrição	Art. 111
Consumado	data da consumação	Inciso I
Tentado	data do último ato executório	Inciso II
Permanente	data em que cessou a permanência	Inciso III
Crime de bigamia, falsificação ou alteração de assentamento de registro civil	data em que o fato se tornou conhecido	Inciso IV
Nos crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam violência contra crianças e adolescentes, previstos no Código ou em legislação especial	data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.	Inciso V

Tratando-se de crime habitual, “*conta-se o prazo da prescrição da data da prática do último ato delituoso (C. Penal, art. 111, III)*”³².

(D) PPPA: causas suspensivas e interruptivas

Identificados o prazo e o seu termo inicial aplicável ao caso concreto, não se pode ignorar a existência de causas de suspensão ou interrupção da prescrição.

As **causas de suspensão** estão no artigo 116 do Código Penal. Resolvida a causa suspensiva, a prescrição torna a correr, considerando-se o tempo já decorrido.

32. STF – Primeira Turma – HC 87987 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Dj. 23/06/2006.

A **primeira hipótese** de causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva está prevista no artigo 116, I, do Código Penal, que estabelece que o prazo fatal não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime³³. São as chamadas questões prejudiciais, previstas nos artigos 92 a 94 do CPP.

O exemplo clássico é o do réu que, processado por bigamia, questiona no juízo cível a validade do primeiro casamento.

Apesar de o presente inciso referir-se apenas à questão prejudicial obrigatória, é entendimento prevalente na doutrina aplicar-se também para a hipótese de questão prejudicial facultativa, desde que o Juiz decida acatá-la.

A **segunda causa suspensiva** da prescrição da pretensão punitiva está prevista no inciso II, dispondo a paralisação da prescrição enquanto o agente cumpre pena no exterior.

A **terceira causa suspensiva** foi inserida pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) no inciso III e impede o curso do prazo prescricional na pendência de embargos de declaração³⁴ ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis. Evita-se, com isso, que embargos (no geral incapazes de modificar substancialmente a decisão) e recursos de índole extraordinária sejam utilizados como instrumentos meramente protelatórios para se alcançar a prescrição por meio do adiamento do julgamento final. Trata-se de causa suspensiva irretroativa, aplicando-se somente a fatos cometidos após sua entrada em vigor.

A **quarta hipótese de suspensão**, também inserida pela Lei 13.964/19, incide enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (ANPP). Estudamos o acordo no capítulo introdutório à teoria geral da pena, ao qual remetemos o leitor³⁵.

33. Julgando questão de ordem no recurso extraordinário 966.177/RS (j. 07/06/2017), o STF conferiu interpretação conforme a esta causa suspensiva para determinar a suspensão do prazo prescricional também nos casos em que reconhecida a repercussão geral em matéria criminal. Concluiu-se que o trâmite dos recursos com repercussão geral muitas vezes inviabilizava o exercício da ação penal pelo Ministério Público, contrariando, portanto, o princípio de que o confronto processual deve se basear na paridade de medidas de que dispõe cada uma das partes. Permitir o pleno curso da prescrição enquanto não decidida a questão prejudicial da repercussão contraria, dessa forma, o princípio da proporcionalidade. A suspensão, no entanto, se aplica somente nas ações penais em curso, não em inquéritos policiais nem em procedimentos investigatórios no âmbito do Ministério Público. E, mesmo nas ações penais, a suspensão não se aplica se o réu estiver preso, pois, nesta situação, tem maior relevância a razoável duração do processo, que não poderia ter sua marcha interrompida indefinidamente enquanto alguém sofre restrição de liberdade a título precário, sem a formação de culpa.
34. Os embargos de declaração são um recurso que tem por objetivo desfazer obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão de sentença ou acórdão. Há, portanto, duas modalidades de embargos: aqueles voltados contra acórdão, previstos no art. 619 do CPP, e os opostos contra sentença de 1º grau, extraídos do art. 382 e denominados “*embarginhos*” pela doutrina. A nosso ver, mesmo os embargos opostos contra a sentença devem suspender a prescrição, pois, embora não disciplinados no Título dos recursos no Código de Processo Penal, são admitidos com a mesma natureza daqueles opostos contra o acórdão.
35. Percebam um detalhe importante, por meio de um exemplo. FULANO praticou furto qualificado antes da Lei 13.964/19, causando um prejuízo de R\$ 6.000.000,00 para a vítima. Relatado o IP, FULANO,

O rol do artigo 116 não comporta analogia (que seria, necessariamente, *in malam partem*, vedada entre nós). Por outro lado, **não** podemos caracterizá-lo como rol taxativo já que há outras causas suspensivas em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do:

- artigo 53, §§ 3º a 5º, da CF/88, que disciplina a suspensão de processo contra parlamentares;
- artigo 89, § 6º, da Lei nº 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo e consequente suspensão da prescrição, nos casos que especifica;
- artigo 366 do CPP, que regula a citação por edital no processo penal, devendo ficar suspenso o curso prescricional durante este lapso. De acordo com a súmula 415 do STJ, o período de suspensão é regulado pelo máximo da pena cominada ao crime. É a orientação adotada também pelo STF, que, em repercussão geral, decidiu que a interpretação segundo a qual o art. 366 do CPP impõe a suspensão ilimitada do prazo prescricional equivale a admitir que o legislador ordinário crie situações de imprescritibilidade além das elencadas na Constituição. O tribunal também decidiu que, embora retomado o curso da prescrição, o processo deve permanecer suspenso até a localização do acusado:

“1. Ressalvados os crimes de racismo e as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático listados no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é de que as pretensões penais devem ser exercidas dentro de marco temporal limitado. Histórico da prescrição no Direito pátrio. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. A vedação de penas de caráter perpétuo, a celeridade processual e o devido processo legal substantivo (art. 5º, incisos XLVII, b; LXXVIII; LIV) obstam que o Estado submeta o indivíduo ao sistema de persecução penal sem prazo previamente definido. 3. Com exceção das situações expressamente previstas pelo Constituinte, o legislador ordinário não está autorizado a criar outros casos de imprescritibilidade penal. 4. O art. 366 do Código de Processo Penal, ao não limitar o prazo de suspensão da prescrição no caso de inatividade processual oriunda de citação por edital, introduz hipótese de imprescritibilidade incompatível com a Constituição Federal. 5. Mostra-se em conformidade com a Constituição da República limitar o tempo de suspensão prescricional ao tempo máximo de

confesso, mostra interesse em celebrar ANPP com o Ministério Público. Sugere, inclusive, o parcelamento da dívida em 60 meses. O MP concorda em celebrar o ANPP, inclusive fazendo constar do seu teor o parcelamento do dano conforme solicitado. Encaminhado ao Judiciário, o acordo é homologado. Durante o cumprimento do referido ANPP corre a prescrição? De fato, o art. 116, IV, do CP, incluído pela Lei 13.964/19, diz que durante o cumprimento do ANPP não corre a prescrição. Contudo, o crime em tela foi cometido antes da citada Lei. Entendo que a causa suspensiva não pode retroagir para alcançar fato passado. Logo, o ANPP, no caso, se celebrado, durante seu cumprimento vai correr a prescrição. O promotor de Justiça deve ficar atento. Demonstrado o risco da prescrição, pode o membro do MP discordar do parcelamento solicitado ou da própria celebração do ANPP.

prescrição da pena em abstrato prevista no art. 109 do Código Penal para o delito imputado. Enunciado sumular n. 415 do Superior Tribunal de Justiça. 6. Afronta as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal) o prosseguimento do processo penal em caso de inatividade processual decorrente de citação ficta. Direito subjetivo à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada contra si, assim como à autodefesa e à constituição de defensor. Previsões da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”) e do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”). 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese: Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso”.³⁶

Após o pronunciamento do STF, a Sexta Turma do STJ decidiu que, uma vez ultrapassado o limite imposto pela súmula 415, é impossível a retomada da marcha processual sem a localização do réu. Enquanto isso não ocorre, computa-se normalmente o prazo prescricional:

“A pacífica jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que “esgotado o prazo máximo de suspensão processual, nos termos do art. 366 do CPP, regulado pelas mesmas regras contidas no art. 109 do Código Penal – *in casu*, 12 anos -, e citado o réu por edital, haja vista a sua não localização, deve o feito ter o seu regular prosseguimento, mesmo com a ausência daquele à lide, mediante a constituição de defesa técnica” (RHC n. 112.703/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 22/11/2019).

Sucedo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 600.851/DF, apreciado sob o regime de repercussão geral (Tema n. 438/STF), firmou a seguinte tese: “Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso”.

Na oportunidade, consolidou-se a constitucionalidade do entendimento cristalizado no Enunciado n. 415 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o período máximo da suspensão do processo, na hipótese prevista no art. 366 do Código de Processo Penal, em que o réu citado por edital não comparece, nem constitui advogado, não pode ultrapassar o lapso temporal previsto

36. RE 600.851/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 07/12/2020.

para a configuração da prescrição pela pena máxima abstratamente cominada ao delito.

Por outro lado, firmou-se, também, o entendimento de que, enquanto não localizado o réu citado por edital, já que se trata de uma ficção jurídica, o prosseguimento do processo penal afronta as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), concluindo-se, assim, pela constitucionalidade da suspensão do processo sem prazo determinado, conforme prevê o art. 366 do Código de Processo Penal.

Nesses termos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça deve ser revista para se adequar a novel orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu a impossibilidade de prosseguimento do processo penal em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital”.³⁷

- artigo 368 do CPP, que regula a suspensão do prazo prescricional em caso de carta rogatória, quando o acusado se encontra no estrangeiro. O art. 368 dispõe que o prazo da prescrição permanece suspenso até o cumprimento da carta rogatória. A lei, no entanto, silencia a respeito do momento em que a diligência pode ser considerada cumprida. O STJ decidiu que o termo final é a data da efetivação da comunicação processual no estrangeiro:

“O art. 368, do CPP, embora seja claro ao estabelecer a suspensão do prazo prescricional pela expedição de carta rogatória para citação do acusado no exterior, não é preciso quanto ao termo final da referida suspensão, devendo ser interpretado de forma sistemática, com o art. 798, § 5º, “a”, do CPP, bem como com a Súmula 710, do STF, voltando a correr o lapso prescricional da data da efetivação da comunicação processual no estrangeiro, ainda que haja demora para a juntada da carta rogatória cumprida aos autos”.³⁸

- artigo 87 da Lei nº 12.529/2011, segundo o qual o acordo de leniência suspende o curso do prazo prescricional nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/90, nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel e no crime tipificado no art. 288 do Código Penal;
- artigo 83, §2º, da Lei nº 9.430/96 (redação dada pela Lei nº 12.382/2011), que determina a suspensão da pretensão punitiva estatal em caso de parcelamento dos débitos tributários relativos aos crimes contra a ordem tributária (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90) e contra a previdência social (arts. 168-A e 337-A, CP).
- artigo 4º, § 3º, da Lei 12.850/13, que, no caso de colaboração premiada, possibilita, relativamente ao colaborador, que o prazo para oferecimento de denúncia ou o

37. RHC 135.970/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/04/2021.

38. REsp 1.882.330/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06/04/2021.

processo seja suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se também o prazo prescricional.

O parágrafo único do artigo 116 disciplina outra causa suspensiva da prescrição, cuja análise será postergada, já que ela se aplica à prescrição da pretensão executória.

As **causas de interrupção** desta espécie de prescrição, por sua vez, constam do artigo 117, incisos I a IV. Segundo o dispositivo, o curso da prescrição interrompe-se:

(i) Pelo recebimento (e não oferecimento) da denúncia ou da queixa

Diverge a jurisprudência se a data interruptiva do prazo prescricional é a do despacho de recebimento da inicial ou da publicação do despacho, em cartório.

O recebimento de aditamento feito à denúncia para simples correção de irregularidades não interrompe a prescrição. É o caso do aditamento que não relata fatos novos, mas apenas confere definição jurídica diversa da que foi inicialmente veiculada na acusação³⁹. O acréscimo de outros crimes, por outro lado, provoca a interrupção:

“1. Segundo a orientação desta Corte Superior, caso haja alteração substancial na denúncia, o seu recebimento configurará marco interruptivo da prescrição. 2. A inclusão de fato típico não narrado anteriormente na inicial acusatória, com circunstâncias e elementares que lhe são próprias, é apta a configurar alteração substancial da denúncia. 3. No caso em exame, a agravante foi inicialmente denunciada pelo furto de R\$ 171.757,83 pertencentes a pessoa jurídica para a qual trabalhava. Em seguida, o Ministério Público aditou a inicial acusatória, a fim de acrescentar o crime de estelionato – consistente na obtenção de vantagem econômica ilícita para a agente e para seu genitor, em prejuízo alheio, ao manter em erro funcionários de pessoa jurídica, por meio fraudulento – e da conduta de falsidade ideológica (a qual foi absorvida pelo delito tipificado no art. 171 do CP). Houve, portanto, alteração substancial na denúncia, referente à inclusão de fatos típicos supostamente praticados pela acusada, com circunstâncias não descritas na inicial. Desse modo, deve ser mantida a conclusão de que o recebimento do aditamento da exordial interrompe a contagem da prescrição da pretensão punitiva. 4. Agravo regimental não provido.”⁴⁰

E no caso de aditamento que inclui novo delito, a interrupção do prazo prescricional ocorre somente em relação ao novo fato denunciado.

Havendo despacho judicial rejeitando a inicial, e recorrendo a acusação, a interrupção da prescrição se verifica no dia em que há o pronunciamento de reforma da instância superior, recebendo a inicial ofertada (súmula nº 709 do STF).

39. STF – Segunda Turma – HC 109.635/ES – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Dj. 21/11/2012.

40. AgRg no HC 738.411/ES, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27/09/2022.

Anulado o despacho de recebimento da inicial, o novo recebimento será o marco interruptivo⁴¹.

(ii) Pela pronúncia

Entendendo existente a materialidade, bem como indícios suficientes da autoria de um crime doloso contra a vida, tentado ou consumado, deve o juiz submeter a causa à apreciação do Conselho de Sentença (jurados). Tal decisão interrompe a prescrição não apenas do crime doloso contra a vida, como também do conexo, começando a contar o novo prazo prescricional a partir da sua publicação em cartório.

A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que haja desclassificação, pelos jurados (segunda fase do júri) para crime de competência da vara criminal comum. É o que se depreende da súmula nº 191 do STJ:

“A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime”.

(iii) Pela decisão confirmatória da pronúncia

Não se conformando com a decisão de pronúncia, pode o réu recorrer para o tribunal. Porém, em caso de ser confirmada a remessa dos autos para julgamento popular, gera interrupção da prescrição, começando a correr novo prazo a partir da data da sessão que confirmou a decisão de primeiro grau.

(iv) Pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis

O art. 117, inciso IV, do Código Penal foi modificado pela Lei nº 11.596/07 para anunciar que, além da sentença condenatória, também o acórdão condenatório interrompe o curso da prescrição. Antes, tão somente a sentença condenatória recorrível era causa de interrupção.

De acordo com a nova redação legal, além da inclusão do acórdão como causa interruptiva estabeleceu-se que a interrupção ocorre pela publicação da decisão, não pelo julgamento. “Publicação” não deve ser confundida com divulgação na imprensa oficial, sendo compreendida nos termos do artigo 389⁴² do Código de Processo Penal. Desse modo, considera-se publicada a sentença quando o escrivão procede à juntada desta aos autos – na sentença ou acórdão proferidos na própria audiência ou sessão, a publicação ocorre neste ato⁴³.

41. STJ: “Quando a autoridade que receber a denúncia for incompetente em razão de prerrogativa de foro do réu, o recebimento da peça acusatória será ato absolutamente nulo e, portanto, não interromperá a prescrição. Precedente citado do STJ: REsp 819.168-PE, Quinta Turma, DJ 5/2/2007. Precedente citado do STF: HC 63.556-RS, Segunda Turma, DJ 9/5/1986” (APn 295/RR, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 12/2/2015).

42. CPP. Art. 389. *A sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim.*

43. STJ: “A decisão torna-se pública na própria sessão de julgamento pelo Tribunal, sendo, portanto, despendida, para fim de interrupção do lapso prescricional, a data em que ocorre a publicação do acórdão no órgão da imprensa oficial. Em outros termos, a prescrição recomeça a contar da data do primeiro ato inequívoco de publicidade do decisum” (AgRg no REsp 1.908.163/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23/03/2021). Este é também o entendimento do STF: “A prescrição da pretensão punitiva do Estado,

Com a edição da lei, duas orientações passaram a debater qual espécie de acórdão condenatório recorrível teria efeito interruptivo. Há quem sustente que a alteração, alinhando-se a decisões judiciais recorrentes, contempla somente os acórdãos condenatórios em ações penais originárias e os reformatórios da absolvição em primeira instância. Por isso, tendo havido condenação em primeira instância, o acórdão que simplesmente a confirme, negando provimento ao recurso da defesa, ou que somente majore a pena, não interrompe o prazo prescricional. Aqueles adeptos desta orientação se alicerçam no fato de que a lei lança mão da partícula “ou” entre as expressões “publicação de sentença” e “acórdão condenatório”; logo, exclui-se a possibilidade de que ambos irradiem efeitos interruptivos do prazo fatal.

Outra orientação sustenta que a interrupção do prazo prescricional se dá inclusive pelo acórdão que se limita a confirmar a condenação de primeira instância ou a aumentar a pena, segundo, aliás, deixou claro o relatório do projeto da lei que viria a alterar o Código Penal:

“O texto atual do Código Penal se refere à sentença condenatória recorível. O Projeto passa a fixar a data da publicação, não deixando margem a dúvidas quanto ao momento da sentença, que será o da publicação, e não o de sua prolação. Também o Projeto inclui, nesse inciso, a publicação do acórdão condenatório recorível, contemplando a hipótese de confirmação de condenação de primeira instância em grau recursal”.

Dissertando sobre a divergência doutrinária, explica **Guilherme de Souza Nucci**:

“Quanto ao acórdão que agrava a pena, como causa interruptiva da prescrição, sempre houve três posições: a) serve para interromper a prescrição, uma vez que traz novo patamar para a pena em concreto; b) não serve para interromper a prescrição, tendo em vista não estar expressamente inserido no art. 117. É a melhor posição, a despeito de a primeira buscar sanar uma lacuna que já deveria ter sido corrigida e ser majoritária na jurisprudência; c) somente serve para interromper a prescrição se for “não unânime”, portanto, sujeito a embargos infringentes. Esse ponto de divergência, em nosso entendimento, permanece, pois o acórdão que confirma a condenação, apenas elevando a pena, não é propriamente a decisão condenatória. Logo, não se pode interpretar o conteúdo do art. 117, IV, do Código Penal, em prejuízo do réu. Aliás, fosse para abranger qualquer acórdão, bastaria a inserção, como causa interruptiva da prescrição, do “acórdão”, sem menção à sua essência (condenatória recorível, como foi feito)”⁴⁴.

O STF se orienta no sentido de que o acórdão confirmatório **também interrompe** a prescrição:

“Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando

em segundo grau de jurisdição, se interrompe na data da sessão de julgamento do recurso e não na data da publicação do acórdão” (RHC 125.078, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/03/2015).

44. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 606-7.

confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”.⁴⁵

Os ministros que votaram pela tese da interrupção o fizeram sob o fundamento de que a prescrição é uma penalidade pela inércia estatal, o que não se verifica quando atuam os órgãos de justiça criminal em segunda instância, mesmo que em caráter apenas reiterativo. Além disso, o texto do inciso IV do art. 117 não faz nenhuma distinção entre o acórdão condenatório e o confirmatório, e não há razões plausíveis para interromper a prescrição quando um réu é absolvido na primeira instância e condenado na segunda e não o fazer quando é condenado nas duas instâncias.

No STJ, a orientação majoritária era de que o acórdão confirmatório não tinha efeito interruptivo⁴⁶, mas a Terceira Seção adequou a orientação do tribunal ao que decidiu o STF:

“1. Não se vê impropriedade, sob o prisma da interpretação gramatical, na conclusão de que as disposições normativas do art. 117, IV, do CP objetivam que o acórdão condenatório proferido na primeira instância recursal em apelação interposta contra a sentença condenatória seja causa interruptiva da prescrição.

2. Segundo interpretação de lei pelo método histórico, é idôneo o entendimento de que a alteração promovida no art. 117, IV, do CP pela Lei n. 11.596/2007 visou adicionar nova causa de interrupção da prescrição superveniente, a saber, a publicação do acórdão condenatório em primeira instância recursal, e, desse modo, evitar que recursos meramente protelatórios alcançassem o lapso prescricional.

3. A alta carga de substitutividade, translatividade e devolutividade inerente ao recurso de apelação propicia que o acórdão condenatório resultante de seu julgamento, ainda que confirmatório de sentença condenatória, seja hábil para sucedê-la, de modo que, sob o aspecto sistemático-processual, não se percebe incompatibilidade sistêmica que impossibilite que ele constitua marco interruptivo prescricional, nem mesmo sob o aspecto de postulados inerentes ao Direito Penal relacionados à obrigatoriedade de clareza e precisão de uma norma penal.

4. Em notório cenário em que o sistema recursal propicia elevada recorribilidade com fins procrastinatórios, de modo a ensejar a não punibilidade do acusado, é legítimo, segundo interpretação finalística, instituir como marco prescricional a data de publicação de acórdão condenatório resultante da interposição de apelação contra sentença condenatória, visto que impede o fomento da impunibilidade e, por conseguinte, o descrédito do Poder Judiciário.

5. Na resolução do caso concreto, embora se deva observar a interrupção do prazo prescricional pelo acórdão que confirmou a

45. HC 176.473/RR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27/04/2020.

46. AgRg nos EDcl no AREsp 359.573/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 05/09/2019.

sentença condenatória, deve o órgão julgador observar a possibilidade de incidência da prescrição intercorrente.

6. Tese jurídica: O acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.

7. Recurso especial provido para fixar o entendimento de que também o acórdão confirmatório da sentença condenatória constitui marco interruptivo do lapso prescricional e, de ofício, decretar a prescrição.”⁴⁷

Mas, segundo o tribunal, essa orientação adotada pelo STF se aplica somente nos crimes cometidos posteriormente à Lei 11.596/07. Se o crime é anterior, deve ser aplicada a orientação jurisprudencial precedente, segundo a qual somente o acórdão que reformasse a sentença absolutória tinha efeito interruptivo:

“1. Apesar da recente pacificação, pelo Supremo Tribunal Federal (HC 176.473/RR, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 27/4/2020, DJe de 5/5/2020), do tema relacionado à possibilidade do acórdão confirmatório de sentença condenatória implicar a interrupção da prescrição, tal entendimento não se aplica ao presente caso. 2. Ocorre que o referido posicionamento é aplicável aos crimes praticados após a alteração legislativa inserida pela Lei n. 11.596/2007, que incluiu o acórdão condenatório no rol de hipóteses de interrupção da prescrição. Para os delitos praticados antes da referida alteração, como ocorreu in casu, aplica-se o entendimento jurisprudencial vigente àquela época, segundo o qual apenas o acórdão que reformasse a sentença absolutória ou alterasse, para maior, a pena cominada, seria interpretado como “sentença condenatória recorrível”, consoante redação do inciso IV do art. 117 do Código Penal (AgRg no HC 398.047/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020). 3. No caso em análise, tendo os fatos delituosos ocorrido em 15/9/2007 (e-STJ fls. 280), antes da referida lei, não se aplica o entendimento proferido no HC 176.473/RR”.⁴⁸

Os incisos V e VI do art. 117 serão estudados oportunamente, já que dizem respeito à prescrição da pretensão executória.

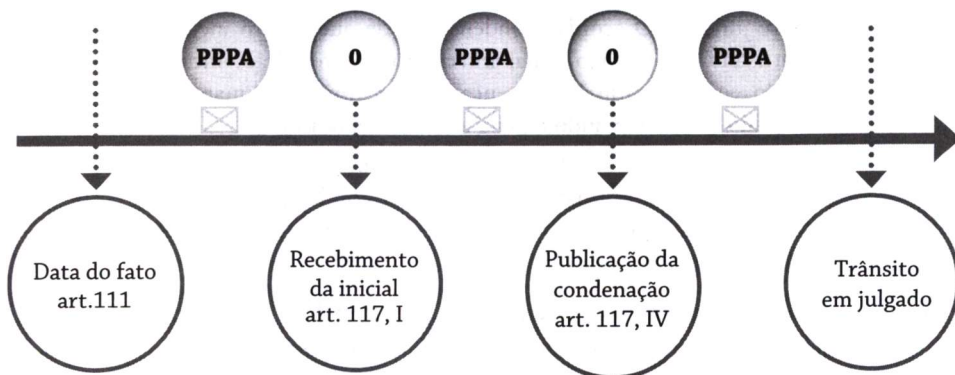
(E) PPPA: causas interruptivas e as “balizas prescricionais”

Com base o artigo 117 do Código Penal, em análise combinada com os termos iniciais da prescrição (artigo 111 do Código Penal), é possível estabelecer as “balizas prescricionais”:

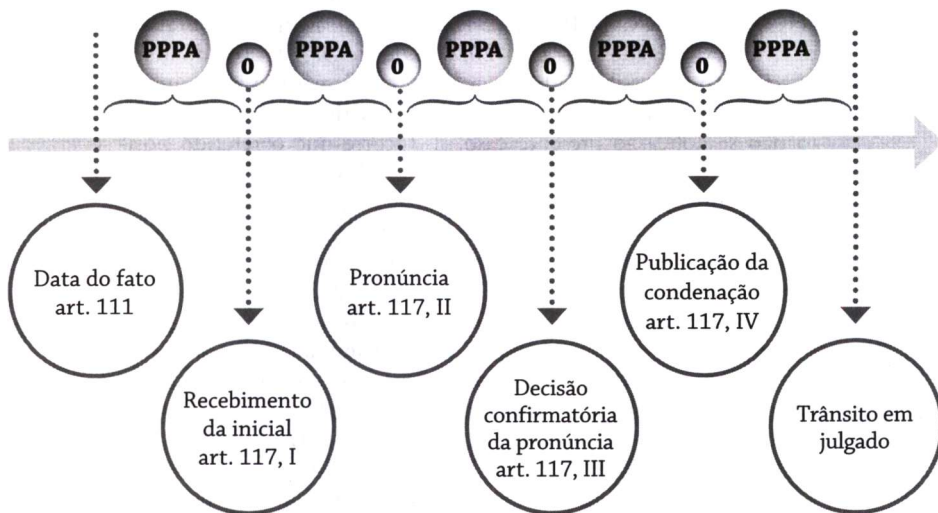
47. REsp 1.930.130/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10/08/2022. O tribunal já decidiu que suas próprias decisões proferidas em recurso interposto contra o acórdão confirmatório da pronúncia ou da condenação não se inserem, como regra, no conceito do art. 117, incisos III e IV, do Código Penal como causas interruptivas da prescrição (HC 826.977/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 05/12/2023).

48. AgInt no REsp 1.883.145/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/10/2020.

• *Delito processado conforme o rito diverso do júri*



• *Delito processado conforme o rito do júri*



Nas hipóteses até aqui apresentadas, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime⁴⁹. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo

49. Segundo o STJ, a interrupção não produz efeitos em relação a todos os autores se tiver havido o desmembramento do processo: “1. Na hipótese, a agravada foi denunciada, juntamente com outro corréu, pela prática do delito de roubo duplamente majorado. Após a apresentação das defesas prévias, foi desmembrado o feito, razão pela qual passou o corréu a responder pelo crime ora imputado em processo distinto. 2. O Tribunal a quo entendeu que a interrupção da marcha prescricional no processo do corréu, em virtude da prolação de sentença condenatória, deveria ser estendida ao presente feito pela aplicação do art. 117, § 1º, do Código Penal, que determinaria a comunicabilidade da causa interruptiva referenciada. 3. Todavia, da interpretação do dispositivo em voga, vê-se que a comunicabilidade da interrupção do prazo prescricional nos casos de desmembramento do feito não é imposta, mas sim mitigada. Com efeito, se um novo processo será formado e correrá de forma autônoma, trará consigo suas peculiaridades e condições processuais, seus próprios prazos, inclusive em relação

processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles⁵⁰. O mesmo não ocorre em relação às causas interruptivas da pretensão executória (artigo 117, § 1º, do Código Penal).

(F) PPPA: exemplo

Suponhamos que MARIA perseguiu JOSÉ, seu ex-namorado, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física e psicológica, invadindo e perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Nesse contexto, MARIA cometeu o crime de perseguição (art. 147-A do CP), punido com reclusão de 6 meses a 2 anos.

Havendo oportuna representação da vítima, quanto tempo tem o Estado para investigar o fato e formalizar, por meio da ação penal, uma acusação em face de MARIA?

Tratando-se de PPPA, o tempo que perdura o interesse de punir (art. 109 do CP) depende da pena máxima prevista para o crime. No caso, o art. 147-A do CP, na sua forma simples, tem pena máxima de 2 anos que, combinada com o art. 109 do CP, gera um prazo prescricional de 4 anos (art. 109, V, do CP). Logo, o Estado tem 4 anos para receber a denúncia.

Quanto tempo tem o Estado para processar e julgar MARIA?

Recebida a inicial acusadora, interrompe-se a prescrição (art. 117, I, do CP). O Estado volta a ter 4 anos para encerrar o processo com a publicação da condenação da ré.

O Juiz fixa a pena de 6 meses. O Ministério Público não se conforma e recorre.

à prescrição, de modo que impor que uma situação processual ocorrida em feito diverso tenha reflexo nestes autos causaria indesejável desordem processual e jurídica. E o cometimento do crime em concurso de pessoas não desconfigura tal premissa” (AgRg no AREsp 506.599/RJ, j. 21/02/2019).

50. Julgando um caso de crimes conexos em que, na sentença, houve a absolvição por um deles, o STJ decidiu que a interrupção derivada da condenação se estende a todos e, afastada a absolvição em grau recursal, o acórdão condenatório também tem, em reverso, o efeito de interromper a prescrição sobre o conjunto dos crimes: “No caso de crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo, havendo sentença condenatória para um dos crimes e acórdão condenatório para o outro delito, tem-se que a prescrição da pretensão punitiva de ambos é interrompida a cada provimento jurisdicional (art. 117, § 1º, do CP). De antemão, salienta-se que o art. 117, IV, do CP enuncia que: “O curso da prescrição interrompe-se: IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”. Nesse contexto, é importante ressaltar que, se a sentença é condenatória, o acórdão só poderá ser confirmatório ou absolutório, assim como só haverá acórdão condenatório no caso de prévia sentença absolutória. Na hipótese, contudo, os crimes são conexos, o que viabilizou a ocorrência, no mesmo processo, tanto de uma sentença condenatória quanto de um acórdão condenatório. Isso porque a sentença condenou por um crime e absolveu por outro, e o acórdão reformou a absolvição. Ressaltado isso, enfatiza-se que a prescrição não é contada separadamente nos casos de crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo. Ademais, para efeito de prescrição, o art. 117, § 1º, do CP dispõe que: “[...] Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles”. Portanto, observa-se que, a despeito de a sentença ter sido em parte condenatória e em parte absolutória, ela interrompeu o prazo prescricional de ambos os crimes julgados. Outrossim, o acórdão, em que pese ter confirmado a condenação perpetrada pelo Juiz singular, também condenou o agente – que, até então, tinha sido absolvido – pelo outro crime, de sorte que interrompeu, novamente, a prescrição de ambos os delitos conexos. Precedente citado do STF: HC 71.983-SP, Segunda Turma, DJ 31/5/1996” (RHC 40.177/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1º/9/2015).

Quanto tempo tem o Estado para julgar (e dar provimento) o recurso?

Com a publicação da sentença condenatória, interrompe-se, novamente, a prescrição (art. 117, IV, do CP). Como a pena não transitou para a acusação (que recorre buscando seu aumento), continua servindo como norte a pena máxima em abstrato (2 anos), tendo o Estado, portanto, mais 4 anos para julgar o processo em grau de recurso.

Ocorrendo a prescrição em qualquer das balizas, desaparece para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito; eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal); a acusada não será responsabilizada pelas custas processuais; terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado.

2.6.4.1.2. Prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente (PPPS ou PPPI)

Antes da sentença **recorrível**, não se sabe qual o *quantum* ou tipo de pena a ser fixada pelo Magistrado, razão pela qual o lapso prescricional regula-se pela pena máxima prevista em lei, atendendo à já referida “teoria da pior das hipóteses”.

Contudo, fixada a reprimenda, ainda que provisoriamente, transitando esta em julgado para a acusação (ou sendo o seu recurso improvido), não mais existe razão para se levar em conta a pena máxima, já que, mesmo diante do recurso da defesa, é proibida a *reformatio in pejus*. Surge, então, um novo norte, qual seja, a **pena recorrível efetivamente aplicada**. Portanto, a pena concreta, aplicada na sentença, é o parâmetro para o cálculo da prescrição superveniente. Nesse sentido, entende o STF (súmula nº 146):

“A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Esta espécie de prescrição encontra previsão no artigo 110, §1º, 1ª parte, do Código Penal: “*A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, [...]*”.

A prescrição da pretensão punitiva superveniente possui as seguintes características:

- (i) pressupõe **sentença ou acórdão penal condenatórios**;
- (ii) pressupõe **trânsito em julgado para a acusação** no que se relaciona com a pena aplicada;
- (iii) tem como norte a **pena concretizada na sentença**.
- (iv) os **prazos** prescricionais são os mesmos do **art. 109** do CP;
- (v) o **termo inicial** conta-se da **publicação** da sentença ou acórdão penal condenatórios até a data do trânsito em julgado final;

Sendo espécie da prescrição da pretensão punitiva, a prescrição superveniente tem os mesmos efeitos da prescrição da pretensão punitiva em abstrato.

Discute-se se esta espécie de prescrição pode ser reconhecida ainda em primeiro grau, entendendo a maioria que sim, desde que a pena fixada tenha transitado em julgado para

a acusação. Há entendimento minoritário, todavia, de que o juiz sentenciante já teria esgotado sua jurisdição, sendo-lhe vedado conhecer da matéria, ainda que de ordem pública.

Por fim, parte da doutrina admite que o recurso da acusação pode modificar a prescrição da pretensão punitiva intercorrente, caso seja ele provido e resulte em aumento de pena.

(A) PPPS: exemplo

Suponhamos que JOÃO furtou uma bicicleta estacionada na rua (art. 155, *caput*, do CP, punido com reclusão de 1 a 4 anos). Depois de investigado e processado, foi condenado a 1 ano.

Somente a defesa recorre, tendo a pena transitado em julgado para o Ministério Público.

Quanto tempo tem o Estado para julgar o recurso?

Com a publicação da sentença condenatória, interrompe-se a prescrição (art. 117, IV, do CP). Sabendo que a pena transitou em julgado para o MP, fala-se em PPPS. Levando em conta a pena em concreto – 1 ano – (e não mais a sanção máxima em abstrato), o Estado tem, a partir da publicação da sentença condenatória, 4 anos (art. 109, V, do CP) para julgar o processo em grau de recurso.

Ocorrendo a prescrição em qualquer das balizas, desaparece para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito; eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal); o acusado não será responsabilizado pelas custas processuais; terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado.

Se o Ministério Público, no caso, tivesse recorrido contra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conformando-se com o quantum da reprimenda, evitaria a PPPS?

A doutrina moderna ensina que eventual recurso da acusação só evita a prescrição superveniente se, buscando o aumento da pena, for provido e a pena aumentada pelo Tribunal alterar o prazo prescricional⁵¹.

2.6.4.1.3. Prescrição da pretensão punitiva retroativa (PPPR)

Tal qual a prescrição intercorrente ou superveniente, a prescrição retroativa tem por base a pena concreta. Apesar de reconhecida após o trânsito em julgado para a acusação⁵², a prescrição retroativa tem por termo data anterior à da publicação da sentença, do que advém o adjetivo “retroativa”.

51. Existe corrente em sentido contrário, lecionando que basta o provimento do recurso da acusação para impedir o reconhecimento da modalidade prescricional em análise.

52. Também a essa espécie aplica-se a súmula nº 146 do STF, segundo a qual “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Com efeito, a peculiaridade da prescrição da pretensão punitiva retroativa é que se deve contar o prazo prescricional retroativamente, ou seja, da data do recebimento da denúncia ou da queixa até a publicação da sentença condenatória.

Esta espécie de prescrição teve seus contornos substancialmente alterados em decorrência da lei nº 12.234/2010, que modificou a redação do Código Penal, revogando o artigo 110, §2º e tratando do tema no §1º do mesmo dispositivo. Assim, se antes a prescrição retroativa podia ter como termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, agora esta possibilidade não mais existe.

Antes da Lei nº 12.234/2010	Depois da Lei nº 12.234/2010
Art.110, § 2º, CP: <i>“A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”.</i>	Art. 110, § 1º, CP: <i>“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.</i>
Antes da Lei nº 12.234/2010	Depois da Lei nº 12.234/2010
A prescrição retroativa aqui poderia abranger período anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.	Hoje só se admite PPPR entre o recebimento e a condenação
A mudança legislativa é prejudicial ao réu, de modo que não se aplica retroativamente. Fatos praticados antes desta lei permanecem com a possibilidade de aplicação da prescrição retroativa com termo inicial anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.	

Anote-se que, por ser mais uma forma de prescrição da pretensão punitiva, os seus efeitos são também os mesmos da superveniente (e da abstrata).

(A) PPPR: exemplo

Suponhamos que JOÃO, mediante fraude, recebeu vantagem indevida em prejuízo alheio (art. 171, *caput*, do CP, punido com reclusão de 1 a 5 anos).

Depois de 6 anos respondendo ao processo penal, JOÃO foi condenado ao cumprimento de 1 ano de reclusão.

O Ministério Público não recorre da decisão.

Sabendo que a pena imposta na sentença passou a ser também a pena máxima para o caso, eis o novo norte do prazo prescricional. Combinando a pena de 1 ano na tabela do art. 109 do CP chega-se a um prazo de 4 anos. A defesa, voltando no tempo, perceberá que do recebimento da inicial até a condenação transcorreu prazo superior a 4 anos, acarretando no reconhecimento da PPPR, desaparecendo para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito; eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal); o acusado não será responsabilizado pelas custas processuais; terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado.

Se o Ministério Público, no caso, tivesse recorrido contra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conformando-se com o quantum da reprimenda, evitaria a PPPR?

Como já estudamos na PPPS, eventual recurso da acusação só evita a prescrição retroativa se, buscando o aumento da pena, for provido e a pena aumentada pelo Tribunal alterar o prazo prescricional⁵³.

2.6.4.1.4. Prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, virtual, antecipada ou por prognose (PPPV)

A última hipótese de prescrição da pretensão punitiva é comumente denominada de “prescrição virtual”.

Trata-se de criação jurisprudencial, sem amparo legal, que tem por finalidade a antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa.

O seu fundamento reside na falta de interesse de agir do Estado no prosseguimento da ação penal cuja sentença, dadas as circunstâncias do crime e condições do próprio réu, fixará a pena em patamares mínimos, conduzindo o juízo, no futuro, ao certo reconhecimento da prescrição retroativa.

Antevendo a (certa) PPPR, sustenta-se ser possível a sua antecipação, declarando-a mesmo antes do final do processo.

(A) PPPV: exemplo

JOÃO, réu primário e portador de bons antecedentes, é denunciado pelo crime de furto simples, cuja pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A instrução processual já suplantou 4 anos. Não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva em abstrato (PPPA = 8 anos), mas, certamente ocorrerá a retroativa (PPPR = 4 anos). É que o réu, primário e de bons antecedentes, não sofrerá pena acima do mínimo (ou, mesmo que cima do mínimo, não ultrapassará 2 anos).

Com base nesse raciocínio, é possível reconhecer a PPPR em perspectiva ou de forma antecipada, sem que se aguarde, de fato, a prolação da sentença condenatória.

☑ Qual o interesse do Estado continuar agindo se, ao final, já antevê a extinção do seu direito de punir?

Muito embora o esforço doutrinário, os tribunais superiores não têm reconhecido essa espécie de prescrição⁵⁴, tendo o STJ, inclusive, firmado seu posicionamento através da súmula nº 438:

53. Existe corrente em sentido contrário, lecionando que basta o provimento do recurso da acusação para impedir o reconhecimento da modalidade prescricional em análise.

54. STF: “Não se admite a denominada prescrição em perspectiva, haja vista a inexistência de previsão legal do instituto. Com base nessa orientação, a Primeira Turma negou provimento a agravo regimental em que se impugnava decisão monocrática que determinara o prosseguimento de inquérito, ouvindo-se o Ministério Público Federal quanto a possíveis diligências. Na espécie, em face da diplomação de um dos investigados no cargo de deputado federal, os autos foram remetidos ao

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

2.6.4.1.5. PPPA, PPPS e PPPR: resumo

Em resumo, com base nas três espécies de prescrição da pretensão punitiva já analisadas, podemos apresentar o seguinte quadro:

Hipóteses	Comentários
Da data do fato (art. 111) até o recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, I);	Nesta baliza admite-se somente a prescrição da pretensão punitiva em abstrato (com o advento da Lei nº 12.234/10, não se aplica mais a prescrição retroativa com base nesses termos).
Da data do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da sentença condenatória (art. 117, IV) ou acórdão condenatório (Lei nº 11.596/07).	É possível tanto a prescrição em abstrato quanto a prescrição retroativa.
Da data do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da pronúncia (art. 117, II);	Só ocorre no rito do júri. É possível tanto a prescrição em abstrato quanto a prescrição retroativa.
Havendo recurso da pronúncia, da data de sua publicação até a publicação do acórdão confirmatório dela (art. 117, III);	
Da data da publicação da pronúncia (ou do acórdão confirmatório dela) até a publicação da sentença condenatória (art. 117, IV).	
Da publicação da sentença condenatória recorível até o trânsito em julgado definitivo	Trata-se de hipótese de prescrição em abstrato, salvo se a pena imposta na sentença transitou para o MP, caso em que teremos somente a prescrição superveniente.

2.6.4.2. Prescrição da pretensão executória (PPE)

A segunda espécie de prescrição é a da pretensão executória, prevista no artigo 110, *caput*, do Código Penal.

Trata-se de prescrição de pena *“in concreto”* (pena efetivamente imposta), que tem como **pressuposto** sentença condenatória com **trânsito em julgado para ambas as partes** (decisão definitiva, irrecorrível) e que se verifica dentro dos prazos estabelecidos pelo artigo 109 do Código Penal, os quais são aumentados de 1/3, se o condenado é reincidente.

Como já advertido, havendo concurso de delitos (concurso material, formal ou continuidade delitiva), a prescrição incidirá sobre cada crime isoladamente, (art. 119, CP), com a ressalva de que, na hipótese de continuidade delitiva, desconsidera-se o aumento decorrente da continuação (súmula nº 497, STF).

STF. A Turma destacou que, por ocasião do julgamento do presente recurso, o agravante não mais deteria prerrogativa de foro, porém, competiria ao STF processar e julgar o agravo regimental em que se impugna decisão monocrática de integrante da Corte. Apontou a inadequação da decisão do juízo de origem que teria prejudicado ação penal que sequer fora proposta, ao avarar uma possível penalidade e, a partir da pena hipotética, pronunciar a prescrição da pretensão punitiva. Afastada a prescrição e o arquivamento dos autos, a Turma determinou a remessa do inquérito ao juiz da vara criminal competente” (Inq 3574 AgR/MT, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 16/06/2015).

2.6.4.2.1. PPE: consequências

Reconhecida esta espécie de prescrição, extingue-se a pena aplicada, sem, contudo, rescindir a sentença condenatória (que produz efeitos penais e extrapenais, a exemplo da reincidência).

Prescrição da pretensão punitiva	Prescrição da pretensão executória
Ocorre antes do trânsito para as duas partes, evitando coisa julgada	Pressupõe condenação transitada para as duas partes (coisa julgada)
Rescinde eventual condenação	A sentença condenatória não é rescindida
Impede qualquer efeito da condenação (penal ou extrapenal)	Extingue a pena aplicada, preservando os demais efeitos da condenação (penais e extrapenais)

2.6.4.2.2. PPE: termo inicial

Dispõe o artigo 112 do Código Penal sobre o **termo inicial** da PPE:

(A) Do dia em que **transita em julgado**⁵⁵ a **sentença condenatória** para a **acusação**.

O trânsito em julgado para ambas as partes é pressuposto da prescrição da pretensão executória, mas esta, nos termos literais do art. 112, I, do CP, passa a contar do trânsito em julgado para a acusação.

Não obstante, firmou-se a orientação de que o termo inicial do prazo prescricional da pretensão executória é o **trânsito em julgado para ambas as partes**, porque somente nesse momento surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Não há como sustentar o início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de executar a pena, já que ainda não há condenação definitiva. Foi o que decidiu o STF em repercussão geral:

55. Decidiu o STF que o recurso extraordinário inadmissível, isto é, que teve o seguimento negado na origem, não obsta a formação da coisa julgada: “Ademais, não procede a alegada ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em vista que o recurso extraordinário manifestamente inadmissível não obsta a formação da coisa julgada. Nessa linha, confira-se o HC 86.125, julgado sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, assim ementado: ‘HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO PENAL. PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INDEFERIDOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. 2. Recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido” (ARE 862617/SP, Rel. Min. Luís Roberto Barro, DJe 14/09/2015). O STJ seguiu a mesma orientação ao julgar o EAREsp 386.266/SP (j. 12/08/2015). E, outra oportunidade, assentou que o entendimento ali adotado só tem lugar quando o recurso especial é inadmitido na origem e o agravo contra a inadmissão não é conhecido, é conhecido e desprovido, ou é conhecido, mas o recurso especial não. Caso o recurso especial tenha sido admitido na origem, mas o próprio STJ o tenha considerado, como no caso, prejudicado, a data do trânsito em julgado não retroage (AgRg no REsp 1.263.994/PR, DJe 21/11/2016).

“O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54.”⁵⁶

Em 2018, a 1ª Turma do tribunal já havia decidido no mesmo sentido. Como destacou o ministro **Barroso**, se não é possível exigir o cumprimento da pena enquanto não transitada em julgado a sentença para a acusação e para o réu, não há inércia que justifique o decurso do prazo prescricional:

“[...] 7. A extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia do Estado. Para Roberto Delmanto Júnior, “o instituto da prescrição, além do importantíssimo papel de evitar punições completamente extemporâneas e já sem significado como medida de prevenção especial e geral, retributiva e ressocializadora, possui a correlata função de impor celeridade à atuação do Poder Judiciário (...) Celeridade que significa diligência e não precipitação, e que é um direito do acusado” (Código Penal Comentado, Saraiva, 8ª edição, p. 403).

8. É a partir desse conjunto de ideias que interpreto o art. 112, inciso I, do Código Penal. Isto é, não vejo como admitir o início da contagem do prazo da prescrição executória enquanto não puder ser efetiva e concretamente exercida a pretensão estatal, ou seja, o simples trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação não pode ter o automático efeito de iniciar o curso da prescrição executória. Isso porque, na concreta situação dos autos, após a sentença condenatória (contra a qual o MP não se insurgiu), a defesa fez uso de sucessivos recursos que impediram o trânsito em julgado do título condenatório. De se perguntar: poderia o Ministério Público pleitear o início da execução provisória na pendência do recurso especial? Certamente que não, ou ao menos enquanto vigorou a orientação jurisprudencial estabelecida no julgamento do HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, que proibia a execução provisória da sanção penal.

9. Nessas condições, a partir de uma interpretação sistemática do art. 112, I, do Código Penal, entendo que o termo inicial da pretensão executória se dá com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes. Entendimento adotado pela Primeira Turma no julgamento do HC 107.710-AgR, de minha relatoria, Sessão de 09.06.2015, e do HC 115.269, da relatoria da Ministra Rosa Weber, Sessão de 10.09.2013, assim ementado:

[...]

56. ARE 848.107/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/06/2023.

10. No caso sob exame, considerando que o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes ainda não ocorreu, não há falar-se em início da prescrição da pretensão executória”.⁵⁷

A Terceira Seção do STJ firmou orientação no mesmo sentido:

“Necessário o alinhamento dos julgados do Superior Tribunal de Justiça com o posicionamento adotado nas recentes decisões monocráticas proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como nos seus órgãos colegiados.

O Tribunal Pleno fixou a orientação de que “[a] prescrição da pretensão executória, no que pressupõe quadro a revelar a possibilidade de execução da pena, tem como marco inicial o trânsito em julgado, para ambas as partes, da condenação”. Logo, “enquanto não proclamada a inadmissão de recurso de natureza excepcional, tem-se o curso da prescrição da pretensão punitiva, e não a da pretensão executória” (AI 794.971/RJ-AgR, rel. do ac. Min. Marco Aurélio, DJe de 28/06/21) (ARE 1.301.223 AgR-ED, Relato Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 29/04/2022).

Conforme orientação da Sexta Turma do STJ, não há que se falar em prescrição da pretensão executória, porque, ainda que haja, no STF, reconhecimento de repercussão geral – ARE 848.107/DF (Tema n. 788) -, pendente de julgamento, “[o] Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI 794.971-AgR/RJ (Rel. para acórdão Ministro Marco Aurélio, DJe 25/06/2021), definiu que o dies a quo para a contagem da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes.

Assim, por já ter havido manifestação do Plenário da Suprema Corte sobre a controvérsia e em razão desse entendimento estar sendo adotado pelos Ministros de ambas as Turmas do STF, essa orientação deve passar a ser aplicada nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não há mais divergência interna naquela Corte sobre o assunto (AgRg no RHC 163.758/SC, rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 27/06/2022), (AgRg no REsp 2.000.360/PR, rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 15/08/2022).”⁵⁸

Com o devido respeito, a tese do trânsito em julgado para ambas as partes, de *lege lata*, não pode prevalecer. O raciocínio exposto nas decisões não deixa de ser lógico, mas lhe falta amparo legal. Enquanto a lei não for modificada para sustentar a tese exposta, o termo inicial deveria respeitar o princípio da legalidade.

57. RE 696.533/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Redator para acórdão: Roberto Barroso, j. 06/02/2018.

58. AgRg no REsp 1.983.259/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26/10/2022.

(B) Do dia em que foi revogado o *sursis* ou o livramento condicional.

A suspensão condicional da pena (art. 77, CP) e o livramento condicional (art. 83, CP) são incidentes da execução penal e, durante esses incidentes, não corre a prescrição. Porém, revogado um desses benefícios, conforme o estabelecido no artigo 112, inciso I, 2ª parte, do Código Penal, a prescrição começa a correr da data em que passa em julgado a sentença revocatória.

(C) Do dia em que o preso evadiu-se do cárcere.

No caso de o preso evadir-se, a prescrição da pretensão executória conta-se do dia em que se interrompe o cumprimento da pena (leia-se: da fuga).

Anuncia o artigo 113 do Código Penal que a prescrição da pretensão executória, é regulada com base no *quantum* restante da pena nos casos de revogação do livramento condicional⁵⁹ ou evasão do condenado.

O STJ tem admitido, excepcionalmente, o recurso da analogia para aplicar o dispositivo às hipóteses em que o condenado à pena restritiva de direito abandona o cumprimento desta⁶⁰.

Por outro lado, os tribunais superiores têm vedado, quando da interpretação do artigo 113, a sua ampliação para permitir o cômputo do tempo de prisão provisória (detração) no cálculo do prazo prescricional. Nesse sentido, entende o STF:

“A prescrição regulada pela pena residual (CP, art. 113) não admite o cômputo do tempo de prisão provisória e só abrange as hipóteses de evasão do condenado ou revogação do livramento condicional. O prazo de prescrição da pretensão executória é o previsto no art. 110, caput, do Código Penal, ou seja, calcula-se com base na pena aplicada. A detração (CP, art. 42) é feita quando do cumprimento da pena.”⁶¹

Tal qual a prescrição da pretensão punitiva, a prescrição da pretensão executória pode ser suspensão (art. 116, parágrafo único, CP) e interrompida (art. 117, incisos V e VI, CP).

Dispõe o art. 116, parágrafo único: “*Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo*”.⁶²

59. Em caso de revogação do livramento, deve-se recorrer ao art. 88 do CP para calcular o tempo restante da pena.

60. STJ – Sexta Turma – HC 225.878 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 25/04/2012; STJ – Sexta Turma – HC 101.255 Rel. Min. Haroldo Rodrigues (des. Convocado TJ/CE) – DJe 07/12/2000. Em sentido contrário: STJ – Quinta Turma – HC 98.226 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 13/10/2009.

61. STF – Segunda Turma – RHC 84177 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ 20/08/2004 (no mesmo sentido, STF – Segunda Turma – HC 96287 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 22/05/2009). No STJ, confira-se: “O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo Julgador e, não, do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado.” (STJ – Quinta Turma – HC 193.415 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 28/04/2011. Cf., idem em STJ, HC 57.926).

62. Segundo o STJ, a expressão “preso por outro motivo” não significa que o condenado deve estar em regime fechado. Ainda que esteja cumprindo pena em regime aberto, a causa suspensiva incide

É *conditio sine qua non* ao cômputo prescricional que o condenado possa ser preso para o cumprimento da sentença transitada em julgado. Se o Estado não pode executar a pena porque o condenado está preso por outro motivo, não é razoável que se imponha a prescrição, porque, afinal, não se trata da inércia que fundamenta a extinção da punibilidade.⁶³

Noutra quadra, as **causas de interrupção** da prescrição da pretensão executória são (I) o início ou continuação do cumprimento da pena e (II) a reincidência, não se confundindo a reincidência anterior, que provoca aumento do prazo prescricional (art. 110, *caput*, CP), com a reincidência **posterior à condenação**, que é causa interruptiva da prescrição da **pretensão executória**.

Há duas correntes a respeito do momento em que se opera a interrupção pela reincidência. Uma delas sustenta que o marco interruptivo é a prática do crime, mas o efeito próprio da interrupção é condicionado ao trânsito em julgado da sentença condenatória.⁶⁴ A outra orientação sustenta que o trânsito em julgado é o marco da interrupção.⁶⁵

2.6.4.2.3. PPE: exemplo

JOÃO foi condenado ao cumprimento da pena de 1 ano e 6 meses de reclusão por que praticou furto simples (art. 155 do CP).

Reconhecido reincidente na sentença, o Ministério Público não recorreu. A defesa também se mostra conformada, transitando em julgado a pena para as duas partes.

O prazo da PPE, contado do trânsito para ambas as partes (na linha do que decidiram STF e STJ), será aumentado de 1/3 (art. 109, V = 4 anos + 1/3).

Suponhamos que JOÃO era primário, mas após a condenação definitiva pratica novo crime. Será, agora, considerado reincidente (art. 63 do CP), interrompendo-se a prescrição (art. 117, VI), isto é, todo o prazo da PPE começa a correr novamente, do dia da interrupção, sem o aumento de 1/3 (nesse caso, não existe decisão declarando sua reincidência).

normalmente: “Ao interpretar o referido dispositivo legal, esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que o cumprimento de pena imposta em outro processo, ainda que em regime aberto ou em prisão domiciliar, impede o curso da prescrição executória. Assim, não há que se falar em fluência do prazo prescricional, o que impede o reconhecimento da extinção de sua punibilidade. Quanto ao ponto, é imperioso destacar que o fato de o prazo prescricional não correr durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo não depende da unificação das penas” (AgRg no RHC 123.523/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/04/2020).

63. Há duas orientações a respeito do decurso do prazo da prescrição da pretensão executória no caso de ter sido decretada a prisão civil do agente. Para a primeira – à qual nos filiamos –, como a lei não especifica, toda e qualquer prisão serve para impedir o curso da prescrição. Deve-se ter em consideração o propósito do parágrafo único do art. 116. Independentemente da natureza da prisão, o Estado não pode executar imediatamente a pena. Para a segunda, justamente porque a lei não especifica, e como se trata de norma contrária aos interesses do agente, a interpretação deve ser restritiva.

64. Masson, ob. cit., p. 969; Nucci, *Código Penal Comentado*. Ob. cit. p., 619/620.

65. Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Ob. cit. p., 393.

Se JOÃO cumpriu dois meses da pena (de um total de 1 ano), mas fuge. Da fuga começa novo prazo da PPE, porém levando em conta o restante da pena a cumprir (= 10 meses) que, na tabela do art. 109 do CP, resulta num prazo de PPE de 3 anos (inc. VI).

Em resumo:

Prescrição	Termo inicial	Interrupção	Suspensão
Pretensão punitiva: a) PPPA; b) PPPS; c) PPPR.	a) Dia em que o crime se consumou; b) Tentativa : dia em que cessou a atividade criminosa; c) Crimes permanentes e habituais : quando cessa a permanência ou hab.; d) Bigamia e falsificação /alteração de assentamento no registro civil: data do conhecimento do fato. e) nos crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam violência contra crianças e adolescentes, previstos no Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.	a) Recebimento da denúncia ou queixa; b) Pronúncia; c) Confirmação da pronúncia; d) Publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis .	a) Enquanto não resolvida questão prejudicial (obrigatória ou facultativa); b) Enquanto o agente cumpr e pena no exterior; c) Na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; d) Enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.
Pretensão executória: PPE	a) Em que pese a redação do art. 112, I, anunciar que se inicia com trânsito em julgado de sentença condenatória para acusação, decidiu STF e STJ que se inicia do trânsito para as duas partes ; b) Trânsito em julgado da sentença que revoga suspensão condicional (total da pena) da pena ou livramento condicional (resto da pena); c) Interrupção da execução.	a) Início ou continuação do cumprimento da pena; b) Reincidência.	a) Enquanto o condenado está preso por outro motivo .

2.6.5. Prescrição e atos infracionais

A prescrição também atinge os atos infracionais, como dispõe a súmula 338 do STJ. Aplicam-se analogicamente as disposições do Código Penal, inclusive o art. 115, que diminui de metade o prazo devido à idade do autor na data do fato.

Abstratamente, considera-se o prazo máximo da medida socioeducativa de internação, que é de três anos, face ao disposto no art. 109, inc. IV, do Código Penal, que impõe prazo

de oito anos, diminuído de metade em virtude da regra do art. 115, resultando, portanto, em quatro anos. Dá-se o mesmo se imposta medida socioeducativa por prazo indeterminado:

“Nos termos do enunciado n. 338 da Súmula do STJ, a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas. Diante disso, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, uma vez aplicada medida socioeducativa sem termo final, deve ser considerado o período máximo de 3 anos de duração da medida de internação, para o cálculo do prazo prescricional da pretensão socioeducativa, e não o tempo da medida que poderá efetivamente ser cumprida até que a envolvida complete 21 anos de idade”⁶⁶.

No caso de medida socioeducativa com prazo certo, aplica-se a mesma regra geral, mas agora se considera o tempo da medida efetivamente imposta:

“Imposta medida a medida liberdade assistida pelo prazo de seis meses, em sentença transitada em julgado, o lapso prescricional é de 1 (um) ano e 6 (seis), a teor do disposto no art. 109, inciso VI, c.c. art. 115, ambos do Código Penal. Este período transcorreu sem notícia do início do cumprimento da medida pelo adolescente, motivo pelo qual, sem a ocorrência de causas interruptivas, há de se reconhecer a extinção da pretensão socioeducativa”⁶⁷.

2.6.6. A prescrição da pena de multa

Segundo dispõe o art. 114 do Código Penal, a prescrição da pena de multa ocorrerá: **(A)** em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada; **(B)** no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

No que concerne à prescrição da pretensão punitiva (em abstrato, retroativa ou intercorrente), não há dúvida: aplicam-se integralmente as disposições do Código Penal, da seguinte forma:

Hipótese	Prescrição	Fundamento
A multa é a única cominada	Opera-se em dois anos, contados nos termos do art. 111 do CP	Art. 114, I, CP
A multa é a única aplicada na sentença	Opera-se em dois anos, contados da publicação da sentença ou acórdão penal condenatório até a data do trânsito em julgado (prescrição intercorrente) ou da data do recebimento da inicial acusatória até a publicação da sentença condenatória (prescrição retroativa)	Art. 114, I, CP

66. STJ – AgRg no REsp 1.856.028/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 12/05/2020.

67. STJ – AgRg no AREsp 1.219.149/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 10/04/2018.

A multa é cominada cumulativamente com pena privativa de liberdade*	Prescreve no mesmo prazo da privativa de liberdade	Art. 114, II, CP
A multa é aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade	Prescreve no mesmo prazo da privativa de liberdade	Art. 114, II, CP
A multa é cominada alternativamente com pena privativa de liberdade	Prescreve no mesmo prazo da privativa de liberdade	Art. 114, II, CP
*. Ainda que a pena privativa de liberdade seja convertida em restritiva de direitos, não é possível aplicar o artigo 114, I, CP. Neste sentido: a) “A pena restritiva de direitos é de natureza jurídica distinta da pena de multa. Inaplicabilidade, portanto, do inciso I do art. 114 do CP. Disposição legal que estabelece, de modo particularizado, o prazo prescricional de 2 (dois) anos para a pena de multa, quando essa multa ‘for a única cominada ou aplicada’, o que não é a hipótese dos autos” (STF: HC 101.669/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 05/10/2010); b) “No caso de substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa, o prazo prescricional será o mesmo que aquele referente à pena privativa (inciso II do art. 114 do CP)” (STJ: AgRg na Pet no RESP 1.874.445/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18/08/2020).		

No caso da prescrição da pretensão executória, há certa controvérsia a respeito da disciplina legal aplicável.

A redação do artigo 51 do Código Penal tem provocado discussões doutrinárias acerca da prescrição da pena de multa. Desde a edição da Lei 9.268/96, o trânsito em julgado da sentença condenatória faz com que a multa seja considerada dívida de valor e que se lhe apliquem “as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”. A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) modificou novamente a redação do dispositivo para deixar claro que “a multa será executada perante o juiz da execução penal”, providência que se fez necessária porque, em razão da alteração legal anterior, debatia-se muito a respeito da competência para a execução. Mas a iniciativa mais recente do legislador não foi capaz de dirimir todas as dúvidas a respeito da multa, pois permanece a controvérsia acerca da prescrição da pretensão executória.

Alguns defendem a aplicação integral das regras do Código Penal no tocante ao prazo prescricional e à incidência das causas interruptivas e suspensivas da prescrição próprias do Direito Penal (art. 116, parágrafo único e art. 117, V e VI). E seriam aplicáveis também as causas interruptivas e suspensivas específicas que regem a execução fiscal (CTN: artigo 151; parágrafo único do artigo 155 e artigo 174; Lei de Execução Fiscal: parágrafo 2º do artigo 8º). Com isso, confere-se ao art. 51 do Código Penal interpretação baseada em uma das teses fixadas no julgamento da ADI 3.150 pelo STF: a multa conserva sua natureza de pena. Se é assim, nada mais lógico do que lhe aplicar todas as normas da prescrição penal.

Outra corrente sustenta que, quanto ao prazo prescricional, devemos observar as regras do Código Penal (artigos 109 e 114) e, com relação às causas suspensivas e interruptivas da prescrição, as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. Os adeptos

dessa orientação afirmam que a lei não contém palavras inúteis, de modo que se a intenção do legislador fosse outra, não teria feito a ressalva na parte final do art. 51: “[...] inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”. Nesse sentido há decisões do STJ:

“Prevalece o entendimento de que a nova redação do art. 51 do Código Penal não retirou o caráter penal da multa. Assim, embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na Lei n. 6.830/80 e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do Código Tributário Nacional, o prazo prescricional continua sendo regido pelo art. 114, inciso II, Código Penal”.⁶⁸

Por fim, há quem defenda a aplicação das normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública tanto sobre o prazo prescricional quanto sobre as causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Para **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**, o prazo de dois anos

“se refere apenas à prescrição retroativa e intercorrente. Isso porque, de acordo com a nova redação do art. 51 do Código Penal, alterado também pela Lei n. 9.268/96, havendo trânsito em julgado da sentença condenatória que impôs pena de multa, será esta considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que tange à prescrição. Assim, inexistente prescrição da pretensão executória penal da multa, mas apenas prescrição de caráter tributário, que se dá em 5 anos. As causas interruptivas e suspensivas são também aquelas da legislação tributária”.⁶⁹

Dentro dessa corrente há, ainda, uma divergência quanto ao termo inicial da prescrição. Alguns sustentam que a contagem dos cinco anos tem início com o trânsito em julgado da condenação, ao passo que outros consideram a inscrição na dívida ativa.

Em síntese:

	1ª corrente	2ª corrente	3ª corrente
A multa é a única aplicada na sentença ou é aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade	O prazo prescricional é o do art. 114, I (dois anos) ou II (mesmo prazo da pena privativa). Sobre as causas interruptivas e suspensivas se aplicam as regras penais e as normas específicas relativas à execução fiscal	O prazo prescricional é o do art. 114, I (dois anos) ou II (mesmo prazo da pena privativa). Sobre as causas interruptivas e suspensivas se aplicam apenas as regras específicas relativas à execução fiscal	O prazo prescricional é de cinco anos e as causas suspensivas e interruptivas são regidas pelas regras específicas da execução fiscal

68. HC 394.591/AM, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/09/2017.

69. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva: 2019, p. 455.

2.6.7. A redução dos prazos prescricionais (art. 115 do CP)

Os prazos prescricionais podem ser reduzidos de metade nas hipóteses mencionadas no artigo 115 do Código Penal. A **prescrição reduzida** pode ocorrer caso o criminoso seja, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

De fundo nitidamente humanitário, baseia-se o dispositivo na possibilidade de modificação da personalidade do agente que, no caso do menor de 21 (vinte e um) anos, ainda não atingiu a maturidade mental (e talvez por isso tenha delinquido), e, no caso do maior de 70 (setenta) anos, se aproxima da caducidade.

O dispositivo permanece vigente, sem alteração, mesmo com o advento do Código Civil de 2002 (que alterou a maioridade civil para 18 anos) e do Estatuto da Pessoa Idosa (assim considerando todo aquele com idade igual ou superior a 60 anos).

Com efeito, desconsiderar a idade de vinte e um anos com base na maioridade do Código Civil é analogia *in malam partem*. Não é, todavia, analogia contra o réu o afastamento do Estatuto da Pessoa Idosa sobre a redução do prazo prescricional na data da sentença. Ao contrário, caso se aplicasse seria *in bonam partem*. Ocorre que o Estatuto não incide porque o Código Penal não se atém à garantia de direitos aos idosos, mas à idade biológica de quem está sendo processado.

Segundo decidiu o STF, os setenta anos devem estar completos na data da sentença, não do trânsito em julgado:

“A prescrição da pretensão punitiva de condenado com mais de 70 anos se consuma com a prolação da sentença e não com o trânsito em julgado, conforme estatui o art. 115 do CP [“Art. 115 – São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”]. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma denegou a ordem de “habeas corpus” em que se discutia a extinção da punibilidade de paciente que completara 70 anos após a sentença condenatória, porém, antes do trânsito em julgado”.⁷⁰

Para o STJ, a redução é cabível se o réu atinge a idade entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos de declaração, pois a decisão que julga os embargos integra a sentença:

“Saliente-se que, sendo opostos embargos de declaração contra a sentença condenatória, e entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos o réu atinge a idade superior a 70 anos, é possível aplicar o art. 115 do Código Penal, tendo em vista que a decisão que julga os embargos integra a própria sentença condenatória. No caso, o sentenciado completou 70 anos em 13/2/2020,

70. HC 129.696/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/04/2016.

de modo que na data da sentença (16/1/2018), ainda não possuía a referida idade, o que, portanto, afasta a aplicação da redução pela metade do prazo prescricional.”⁷¹

Esta questão do momento em que se reconhece a redução se liga a outra, relativa ao efeito prescricional do acórdão confirmatório da condenação. Como estudamos anteriormente, havia nos tribunais superiora controvérsia a respeito do efeito interruptivo do acórdão que se limita a manter a condenação proferida em primeira instância. Não obstante o STJ rechaçasse a interrupção, já a considerara possível em situação na qual o acórdão havia modificado substancialmente a sentença, não apenas quanto à pena imposta, mas também quanto à própria imputação. E, nesta ocasião, considerou também que deveria incidir a redução do art. 115:

“1. Havendo substancial modificação da sentença pelo acórdão, que não apenas aumentou o quantum de pena, mas também o próprio lapso prescricional, além de modificar a tipificação conferida ao fato, deve o acórdão ser considerado como novo marco interruptivo da prescrição, inclusive para fins de aplicação do benefício do art. 115 do Código Penal. 2. Agravo regimental provido a fim de dar provimento ao recurso especial para entender aplicável ao caso concreto a redução prevista no art. 115 do Código Penal e reconhecer a ocorrência de prescrição (pena-base de 3 anos e 6 meses com prazo prescricional de 4 anos, período esse que transcorreu entre a data do fato – ano de 2005 – e o recebimento da denúncia – 29 de junho de 2010).”⁷²

Posteriormente, o tribunal separou as situações de interrupção e de redução do prazo prescricional:

“1. É inadequado confundir as circunstâncias de redução dos prazos prescricionais com as causas interruptivas da prescrição, porquanto se trata de fenômenos distintos e que repercutem de maneira diversa, embora o reconhecimento de um possa influenciar na admissão do outro. 2. Os prazos prescricionais se relacionam com os pilares que sustentam o instituto da prescrição, isto é, com o decurso do tempo, que pode levar ao esquecimento do fato, e a circunstância de que eventual inércia deve ser suportada pelo Estado, mercê de sua atuação basear-se no *ius puniendi*. Já a redução dos prazos prescricionais pela idade avançada do agente orienta-se pelo vetor constitucional da dignidade da pessoa humana, representada pela necessidade de proteção à velhice, a qual merece tratamento especial, à vista dos efeitos deletérios decorrentes da longa duração do processo. 3. Por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos.

71. EDcl no AgRg no REsp 1.877.388/CE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 02/05/2023.

72. AgRg no REsp 1.481.022/RS, Rel. Min. Sebastião Reis, Júnior, j. 18/09/2018.

O termo sentença deve ser compreendido como a primeira decisão condenatória, seja sentença ou acórdão proferido em apelação. Precedentes”.⁷³

O artigo 115 se aplica a todos os prazos prescricionais, inclusive aqueles previstos na legislação especial e incide sobre todas as modalidades de prescrição (punitiva e executória).

Prevalecendo-se o agente das mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução (art. 71 do CP), praticando vários crimes da mesma espécie, sendo alguns antes dos vinte e um anos do criminoso e outros depois, a redução só incidirá nos crimes cometidos antes da maioridade (art. 119 do CP). Já no caso de crime permanente, iniciado na menoridade e terminado na maioridade, não se reduz o prazo prescricional.

Por fim, anote-se que a comprovação da menoridade do agente requer documento hábil, como assevera o STJ, em sua súmula nº 74.

2.7. Renúncia ao direito de agir

Por renúncia entende-se o **ato unilateral do ofendido** (ou de seu representante legal), abdicando do direito de promover a ação penal privada, extinguindo-se, por conseguinte, o direito de punir do Estado (art. 107, V, primeira parte, do CP).

Embora a renúncia seja instituto tradicionalmente afeto à ação penal privada, é possível sua aplicação, excepcionalmente, na ação pública condicionada à representação, desde que o crime respectivo seja de menor potencial ofensivo. É que nesses casos, há disciplina própria, na Lei nº 9.099/95, estabelecendo que o acordo homologado entre o agente e o ofendido (composição civil dos danos) acarreta a renúncia do direito de queixa e de representação⁷⁴.

A renúncia é sempre **pré-processual**⁷⁵, ocorrendo antes do oferecimento da denúncia ou queixa, podendo ser expressa ou tácita. A **renúncia expressa** constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 CPP); a **renúncia tácita** se caracteriza pela prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa. Alerta a lei não implicar em renúncia tácita o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (art. 104, parágrafo

73. HC 316.110/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 25/06/2019.

74. Lei nº 9.099/95. Art. 74. *A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.*

75. Foi o que reiterou o STJ no informativo nº 443: *“A renúncia a que alude o art. 104 do CP diz respeito ao direito de queixa, não influenciando no prosseguimento da ação penal já promovida. Então, oferecida a queixa-crime, não é mais cabível a renúncia porque não há mais nada a renunciar. A pretensão do querelante de obstar o prosseguimento da ação penal pode ser acolhida pelo perdão do ofendido (arts. 105 e 106 do CP), a depender, contudo, da aceitação do querelado. Na hipótese, apesar de indeferido o pedido de renúncia, não há qualquer elemento nos autos que corrobore o dolo específico do querelado de macular a reputação do querelante ao decidir exceção de suspeição, daí se rejeitar a queixa-crime. APn 600-MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgada em 18/8/2010.”.*

único, CP), salvo, como vimos, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo (art. 74, parágrafo único da Lei nº 9.099/95).

Renunciado expressa ou tacitamente, o direito de queixa não pode ser exercido (artigo 104 do Código Penal).

Com fundamento no **princípio da indivisibilidade** da ação penal privada, havendo concurso de agentes, a renúncia ao direito de queixa em relação a um dos autores do crime, a todos estenderá, importando em abdicação tácita (art. 49 do CPP).

Já na hipótese de duas vítimas, a renúncia de uma não prejudica a outra, possuindo, cada qual, direitos autônomos.

No caso de morte da vítima, a renúncia do direito de queixa por parte de um dos seus sucessores (art. 31 do CPP) não impede a propositura da ação penal pelos demais, respeitado o prazo legal.

2.8. Perdão (aceito) do ofendido

Esta hipótese de extinção da punibilidade, tal qual a renúncia do direito de queixa, está prevista no artigo 107, V, segunda parte, do Código Penal, e tem por fundamento o **princípio da disponibilidade**, próprio da ação penal privada.

Conforme o artigo 105, do Código Penal: “O perdão do ofendido, nos crimes em que se procede mediante queixa, obsta o prosseguimento da ação”. Trata-se, portanto, de ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal desiste de prosseguir com o andamento de processo já em curso, desculpando o ofensor pela prática do crime.

Percebe-se **cabível somente na ação penal de iniciativa privada**, podendo ser (A) processual (concedido no bojo dos autos) ou extraprocessual (em cartório, por exemplo), (B) expresso ou tácito (tácito é o perdão que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação – art. 106, §1º, CP).

Diferentemente da renúncia, trata-se de ato **bilateral**, não produzindo efeitos se o querelado o recusa (art. 106, III, CP). Imprescindível, portanto, que o perdão seja aceito, expressa ou tacitamente. O silêncio do querelado (suposto autor do fato) implica em aceitação (e não recusa). Logo:

Perdão	Aceitação	Recusa
Processual (no bojo dos autos)	Processual (no bojo dos autos)	Processual (no bojo dos autos)
Extraprocessual (fora dos autos, numa entrevista de jornal, por exemplo). CUIDADO: pressupõe processo em curso	Extraprocessual (fora dos autos, numa entrevista de jornal, por exemplo). CUIDADO: pressupõe processo em curso	Extraprocessual (fora dos autos, numa entrevista de jornal, por exemplo). CUIDADO: pressupõe processo em curso
Expresso	Expressa	Expresso
Tácito	Tácita	NÃO EXISTE A FORMA TÁCITA, pois o silêncio implica e aceitação.

Não obstante, não pode o querelado impor condições à aceitação; de igual modo, a vítima não pode impor exigências para que perdoe. Em outras palavras, tanto o perdão quanto a aceitação são atos **incondicionais**: perdoa-se sem exigências e se aceita sem condições.

O perdão pode ser oferecido depois do início da ação até o trânsito em julgado final. Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória (art. 106, § 2º, do CP), pois nesse momento entra-se na fase de execução, não se tolerando mais nenhuma intervenção do ofendido, ainda que a ação seja exclusivamente privada. A vedação, aliás, faz recordar que a ação privada nada mais é do que a concessão do direito de “perseguir” o crime, não tendo sido alienado ao particular, em momento algum, o direito de punir.

Por aplicação do **princípio da indivisibilidade da ação penal privada**, o artigo 106 estabelece que o perdão concedido a um estende-se a todos e, caso seja concedido por um dos ofendidos, não prejudica os demais (direitos autônomos).

Em síntese, não se pode confundir renúncia com perdão do ofendido:

Renúncia (art. 107, V, primeira parte)	Perdão do ofendido (art. 107, V, segunda parte)
Decorrente do princípio da oportunidade	Decorrente do princípio da disponibilidade
Ato unilateral	Ato bilateral
Cabível, em regra, em ação penal privada (exceção – art. 74 da lei nº 9.099/95, abrangendo a ação penal pública condicionada)	Cabível apenas na ação penal privada.
Obsta a formação do processo penal	Pressupõe processo penal em curso

2.9. Retratação do agressor

Retratar-se não significa, simplesmente, negar ou confessar o fato. É mais: é retirar totalmente o que disse. Ocorrendo a retratação do agente, nada impede que a vítima reivindique a competente indenização nos termos da legislação civil (e demais dispositivos aplicáveis à espécie).

A retratação do agressor como causa de extinção do direito de punir do Estado só é admitida nos casos expressamente previstos em lei, a saber:

(A) **calúnia e difamação** (art. 143 do CP – “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena”).

A retratação, em regra, dispensa a concordância do ofendido (ato unilateral). Contudo, o artigo 143 do CP foi alterado pela Lei 13.188/15, que nele acrescentou parágrafo único anunciando que, nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa. Nessa hipótese, portanto, o ofendido deve ser ouvido para manifestar se deseja (ou não) que a retratação se dê pelos mesmos meios em que foi praticado o crime.

(B) falso testemunho e falsa perícia (art. 342, § 2º, do CP – “O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”)⁷⁶.

Note que, diferentemente dos crimes de falso testemunho e falsa perícia (*onde o fato deixa de ser punível*), nos crimes contra a honra a retratação tem caráter subjetivo (*o querelado fica isento de pena*), não se estendendo aos demais concorrentes do crime que não se retratarem.

Por fim, para gerar a extinção da punibilidade, a retratação deve ocorrer até o prazo fixado em lei, qual seja:

Calúnia e difamação	Falso testemunho e falsa perícia
antes da sentença de 1º grau que julga o crime contra a honra	antes da sentença de 1º grau que encerra o processo em que ocorreu o falso testemunho ou a falsa perícia

2.10. Perdão judicial

Perdão judicial (art. 107, IX, CP) é o instituto pelo qual o juiz, não obstante a prática de um fato típico e antijurídico por um sujeito comprovadamente culpado, deixa de lhe aplicar, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o preceito sancionador cabível, levando em consideração determinadas circunstâncias que concorrem para o evento. Em casos tais, o Estado perde o interesse de punir⁷⁷.

Constitui causa extintiva de punibilidade que, diferente do perdão do ofendido, **não** precisa ser aceito para gerar efeitos.

Perdão Aceito	Perdão Judicial
Concedido pela vítima (ou seu representante legal)	Concedido pelo juiz
Para extinguir a punibilidade, precisa ser aceito (ato bilateral)	Dispensa ser aceito para extinguir a punibilidade (ato unilateral)
Cabível somente em crimes perseguidos mediante ação penal de iniciativa privada	Cabível nas hipóteses expressamente previstas em lei, não importando a espécie de ação penal do crime

76. Segundo decidiu o STJ, a retratação deve ocorrer no mesmo processo em que praticado o falso testemunho, pois, do contrário, impede-se a extinção da punibilidade (REsp 1.838.766/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/10/2019).

77. O perdão judicial não se confunde com o princípio da bagatela imprópria. Em ambos os casos o fundamento está na desnecessidade da pena, mas no perdão judicial é a lei que estabelece a situação na qual o juiz, cotejando os requisitos legais com o caso concreto, pode deixar de aplicar a pena, enquanto nos casos de bagatela imprópria, que a lei não disciplina, o juiz valora a ação, o resultado e a culpabilidade do agente para concluir se naquele caso a pena é desnecessária. O perdão judicial não beneficia somente o agente que tenha atuado com pouca culpabilidade ao praticar um fato de menor relevância. Há fatos graves que podem ser abarcados por esta causa extintiva da punibilidade. A bagatela imprópria, por outro lado, leva em conta essencialmente a baixa reprovabilidade do agente.

Uma vez presentes as circunstâncias previstas em lei, o réu passa a reunir direito público subjetivo de não lhe ser imposta qualquer sanção penal.

Diverge a doutrina sobre a natureza da sentença concessiva do perdão, lecionando alguns ser condenatória (o juiz deve primeiro declarar a procedência da ação para depois perdoar, livrando o réu de alguns efeitos, entre os quais a inclusão do seu nome no rol dos culpados, reincidência e aplicação de medidas de segurança) e outros, ser ela declaratória de extinção de punibilidade. A respeito, já ensinava **Aníbal Bruno** que:

“O Estado, pelo órgão da Justiça, reconhece a existência do fato punível e a culpabilidade do agente, mas, pelas razões particulares que ocorrem, resolve desistir da condenação que cabia ser imposta. E a declarar isso é que se limita a sentença, que não é, assim, nem condenatória, nem absolutória, o que demonstra a natureza toda especial dessa providência”⁷⁸.

Hoje a discussão está resolvida, sumulando o STJ:

“Súmula 18. *A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório*”.⁷⁹

A divergência exposta não tem interesse meramente acadêmico. Vejamos.

Para aqueles que ensinam ser condenatória a natureza da sentença concessiva do perdão, afasta-se apenas o efeito principal da condenação, remanescendo os demais (reparação do dano, interrupção da prescrição etc.). Já para os adeptos da segunda corrente, além de não poder servir como título executivo judicial, perde a força interruptiva da prescrição.

Independentemente da posição que se adote, pensamos que o perdão judicial jamais pode ser reconhecido em fase policial, como fundamento para arquivar peça investigativa. Como dissemos, a clemência judicial significa dizer que o juiz, analisando o caso concreto, reconhece certa a prática de um fato típico e antijurídico por um agente imputável, com potencial consciência da ilicitude, sendo dele exigível conduta diversa (em suma, é confirmação de culpa!). Logo, imprescindível se mostra o devido processo legal, permitindo-se ao imputado o sagrado direito de ampla defesa, inexistente na fase extrajudicial.

São exemplos de perdão judicial os artigos 121, §5º; 129, §8º; 140, §1º, I e II; 176, parágrafo único; 242, parágrafo único; 249, §2º, todos do Código Penal.

78. Ob. cit. v. 1, t. III, p. 164.

79. Apesar de a discussão estar resolvida (na jurisprudência), pensamos que o CP adotou a primeira corrente (natureza condenatória). É que, do contrário, perderia sentido a previsão do art. 120 do CP, quando alerta que a sentença concessiva do perdão judicial não gera reincidência. Ora, nada mais óbvio à uma sentença não condenatória não gerar reincidência. Como não acreditamos em lei com palavras inúteis, extraímos da redação do art. 120 que a decisão é condenatória, sem, contudo, gerar o efeito da reincidência (eis a utilidade do dispositivo!).

Perdão judicial x Lei das Contravenções Penais

A Lei de Contravenções Penais tem disposição expressa no sentido de que *“No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”* (art. 8º, LCP). Trata-se de hipótese específica de perdão judicial diante da ignorância da lei – em regra inescusável.

Perdão judicial x Código de Trânsito

Discussão que animou a doutrina, logo após a entrada em vigor do CTB, dizia respeito à possibilidade de aplicação do perdão judicial aos crimes de trânsito. Luiz Flávio Gomes bem sintetizou o debate ao formular a seguinte indagação:

“Aos crimes de trânsito cabe perdão judicial? Em recente e brilhante palestra na Escola Superior do Ministério Público paulista, o eminente juiz Rui Stocco sustentou a tese negativa salientando que o art. 300 (que cuidaria expressamente do assunto) foi vetado e o art. 291 do CTB manda aplicar (tão-somente) as “normas gerais” do CP. Sabendo-se que o perdão judicial está na parte especial (art. 121, § 5º), não teria aplicação aos novos delitos de trânsito. Na ocasião, com a devida vênia, evidentemente, ousamos sustentar opinião distinta com base no seguinte: a ratio da ampliação do perdão judicial, entre nós, foi exatamente nos crimes de trânsito, sabendo-se que muitas pessoas em acidentes automobilísticos acabam perdendo entes queridos (tornando-se, assim, desnecessária a pena). De outro lado, no veto do Presidente da República há expressa referência à aplicação do instituto (aos crimes de trânsito) nos termos em que vem sendo interpretado. Acrescente-se o seguinte: a locução “normas gerais” do Código Penal (contida no art. 291) não coincide, na nossa opinião, com as normas previstas nos arts. 1º a 120. Também na Parte Especial do CP temos “normas gerais” (leia-se: normas de aplicação geral). Exemplo: art. 327 (conceito de funcionário público). Não existe impedimento, em suma, consoante nosso juízo, para a aplicação do perdão judicial nos novos crimes de trânsito, desde que atendidos seus requisitos legais”⁸⁰.

O exemplo típico de concessão do perdão judicial é do motorista que, agindo com culpa, dá causa a um acidente de trânsito no qual morre um filho. A mais grave das penas que ele poderia sofrer o destino tratou de lhe impor, e não faz sentido aplicar, em acréscimo, uma sanção de caráter penal.

É claro que, na análise do caso concreto, deve o magistrado se atentar para a existência de laço de parentesco ou de vínculo afetivo, entre o autor e o ofendido, que justifique a concessão do perdão judicial. Não será, com efeito, o simples fato de o agente conhecer a vítima ou com ela manter um parentesco distante que autorizará o reconhecimento do favor legal.

80. Código de Trânsito Brasileiro: CTB/Primeiras notas interpretativas. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.61, p. 04-05, dez. 1997.

É por essa razão que o STJ decidiu não se aplicar o perdão judicial pelo simples fato de o mesmo agente ter cometido dois homicídios culposos em concurso formal, conduta da qual decorreram as mortes de seu namorado e de um amigo.

No recurso, o agente pretendia a concessão do perdão alegando que a segunda vítima era um amigo próximo, cuja morte o abalou emocionalmente tanto quanto a morte da outra vítima.

O STJ, no entanto, afastou a causa extintiva da punibilidade sob o fundamento de que se exige efetiva ligação subjetiva entre o autor do crime e a vítima para que se chegue ao ponto de considerar desnecessária a pena diante do impacto emocional que o resultado provocou no próprio autor. A ligação entre o recorrente e a vítima, no entanto, não foi comprovada.

Pretendia-se, ainda, no recurso a extensão do perdão judicial com base na regra do concurso formal, que, se aplicado para a condenação, atrai a pena de somente um dos crimes, exasperada em razão da ocorrência de mais de um resultado. Logo, segundo se sustentou no recurso, o perdão aplicado sobre um homicídio deveria ser estendido ao outro.

Mas o STJ afastou a pretensão sob o fundamento de que o concurso formal foi concebido para beneficiar o agente que, mediante apenas uma conduta, dá causa a dois ou mais resultados criminosos sem ter agido com desígnios autônomos. Não há nenhuma disciplina legal para, no caso do perdão judicial, considerar a conduta única como vetor da causa extintiva de punibilidade para todos os crimes dela decorrentes. A causa extintiva é, evidentemente, medida excepcional, que deve ser aplicada com o devido cuidado, observado quando se analisam as circunstâncias de cada um dos delitos que compõem a cadeia criminosa (REsp 1.444.699/RS).

Perdão judicial x Lei das Organizações Criminosas

Por fim, deve ser alertado que, em se tratando de organização criminosa (art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/13), o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial**, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Capítulo VI

“ITER CRIMINIS”

Sumário • 1. Introdução; 2. Fases do crime; 2.1. Cogitação; 2.2. Atos preparatórios; 2.3. Atos executórios; 2.4. Consumação; 3. Crime consumado; 4. Da tentativa; 4.1. Infrações penais que não admitem tentativa; 5. Desistência voluntária e arrependimento eficaz; 5.1. Desistência voluntária; 5.2. Arrependimento eficaz; 6. Arrependimento posterior; 6.1. Situações especiais de reparação do dano ou restituição da coisa; 7. Crime impossível.

1. INTRODUÇÃO

Depois de estudar a sua estrutura, bem como suas causas de exclusão, passaremos a explorar duas importantes formas de manifestação do crime: consumação e tentativa. Para melhor entender o tema, iniciaremos explicando o “iter criminis”.

Por “iter criminis”, ou caminho percorrido pelo crime, entende-se o conjunto de fases que se sucedem cronologicamente no desenvolvimento do delito doloso.

2. FASES DO CRIME

2.1. Cogitação

A cogitação significa ideação do crime (ideação criminosa), não implicando necessariamente na sua premeditação (cogitar a prática de um crime não significa premeditá-lo). Cuida-se de fase interna, é dizer, que pertence única e exclusivamente à mente do indivíduo. Por tal motivo, a cogitação é sempre impunível, desdobramento lógico do princípio da materialização ou exteriorização do fato, já estudado em tópico próprio. A punição das ideias (sem delas decorrer qualquer fato) significaria exumar o direito penal do autor. O tema foi bem esclarecido por **Claudio Brandão**:

“Como sabido, a ação é a unidade dialética entre o querer e o fazer. Portanto, se só há o querer, que é a cogitação não há ação, e por isso não há o crime. A *nuda cogitatio*, o simples querer o crime, não é punido”¹.

A cogitação pode ser dividida em três etapas:

(A) idealização: surge no agente a intenção de cometer o delito;

(B) deliberação: o agente pondera as circunstâncias da conduta que pretende empreender;

(C) resolução: corresponde à decisão a respeito da execução da conduta.

1. Ob. cit. p. 216.

2.2. Atos preparatórios

Nesta fase, conhecida também como *conatus remotus*, o agente procura criar condições para a realização da conduta delituosa idealizada. Adotam-se providências externas para que a conduta possa se realizar, como no caso dos agentes que adquirem um automóvel para viabilizar a fuga e o transporte do produto do roubo.

Os atos preparatórios, em **regra**, são **impuníveis**. Excepcionalmente, todavia, merecem punição, configurando delito autônomo². É o que ocorre, por exemplo, com o crime de associação criminosa (art. 288 do CP, antigo delito de quadrilha ou bando). Aquele que se reúne com três ou mais pessoas para planejar a prática de crimes está em plena fase de preparação (dos crimes futuros), mas já executando a formação de um grupo criminoso, comportamento esse que o legislador entendeu grave o suficiente para justificar tipificação autônoma e independente dos delitos visados pela associação. O mesmo raciocínio serviu para a criação do tipo penal do art. 291 do CP³. Também na categoria de atos preparatórios punidos autonomamente pode ser incluída a conduta, ultimamente difundida, daqueles que adquirem explosivos para a utilização em furtos ou roubos em bancos. Neste caso, mesmo antes de qualquer ato relativo à subtração, há o crime do art. 16, § 1º, inciso III, da Lei nº 10.826/03.

Outro exemplo é o art. 5º da Lei nº 13.260/16, cujo caput pune a conduta de realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito. Neste caso, aliás, podem ser abarcados até mesmo atos prévios ao que normalmente se consideraria “preparação”. Por exemplo: o agente é surpreendido fabricando um explosivo que será utilizado num ato de terrorismo. Pode ser punido com base no art. 5º em virtude de um ato que se encontra numa fase ainda anterior à que geralmente seria tratada como preparação (nesse contexto, aquela fase em que o agente efetivamente se dirige ao local do ato portando o explosivo).

2.3. Atos executórios

Os atos executórios traduzem a maneira pela qual o agente atua exteriormente para realizar o crime idealizado, por vezes, preparado.

Em regra, a conduta humana só será punível quando iniciada esta fase.

2. Não sem razão, explica Andreas Eisele, citando o escólio de Enrique Bacigalupo, que, rigorosamente, não seria adequado afirmar que os “atos preparatórios” podem ser “típicos”, porque no caso a tipicidade se estabelece em relação a outro tipo subsidiário (distinto daquele cujo fato corresponde a um ato preparatório), de modo que em relação a este tais condutas são classificadas como atos de execução (e não atos preparatórios), e em relação ao tipo mais abrangente (em cujo contexto tal conduta é efetivamente classificada um ato preparatório) o comportamento é atípico, pois se não o fosse, caracterizaria início de execução. Porém, a expressão pode ser utilizada para fins didáticos, para identificar a atipicidade do ato preparatório em relação ao tipo a cuja realização a conduta final se orienta, e a tipicidade do fato em relação ao tipo subsidiário (ob. cit. 412).
3. CP. *Petrechos para falsificação de moeda. Art. 291 – Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.*

O ato executório, para assim ser considerado, deve ser idôneo, ou seja, concretamente capaz de conduzir o sujeito ativo ao alcance do resultado almejado. Além disso, é necessário que seja inequívoco, isto é, evidentemente direcionado ao cometimento do delito. Imaginemos que alguém adquira um engenho explosivo, dirija-se a uma agência bancária e, no momento em que instala o artefato, seja surpreendido pela polícia. Tratar-se-ia de um inequívoco ato de execução de furto ou roubo, idôneo a danificar o maquinário que armazena o dinheiro, o que possibilitaria a subtração.

☒ **Qual a diferença entre o início da execução (punível) e a fase anterior (atos preparatórios, em regra impuníveis)?**

A resposta não é simples. Vamos partir de um exemplo: imaginemos que JOÃO, buscando furtar um televisor no interior da residência de ANTONIO, posiciona-se na esquina aguardando o morador sair do imóvel para o trabalho, deixando a propriedade desvigiada. ANTONIO, como de costume, sai de casa às 8h para a labuta diária. JOÃO então pula o muro, entra na casa e subtrai o televisor.

☒ **Em que momento se iniciou a execução do crime de furto praticado por JOÃO? Foi no momento em que ficou na esquina esperando a vítima sair do imóvel? Será que foi no momento em que começou a escalar o muro da casa? Ou foi no instante em que iniciou a subtração, núcleo do tipo?**

Na busca da **diferença entre atos preparatórios e de execução**, existem várias teorias:

(A) Teoria da hostilidade ao bem jurídico ou critério material

Idealizada por Nélson Hungria, entende por atos executórios aqueles que atacam o bem jurídico, criando-lhe uma situação concreta de perigo. No nosso exemplo, JOÃO, colocando-se na esquina para esperar a saída do morador já pode ser punido, pois iniciou a execução do crime.

(B) Teoria objetivo-formal

Defendida por Frederico Marques, entende como ato executório aquele que inicia a realização do núcleo do tipo. No nosso caso, apenas no momento em que JOÃO começa a subtrair o televisor é que a punição mostra-se legítima. Esta teoria já foi recentemente adotada pelo STJ:

“1. A despeito da vagueza do art. 14, II, do CP, e da controvérsia doutrinária sobre a matéria, aplica-se o mesmo raciocínio já desenvolvido pela Terceira Seção deste Tribunal (CC 56.209/MA), por meio do qual se deduz a adoção da teoria objetivo-formal para a separação entre atos preparatórios e atos de execução, exigindo-se para a configuração da tentativa que haja início da prática do núcleo do tipo penal. 2. O rompimento de cadeado e a destruição de fechadura de portas da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência,

configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado. 3. Agravado conhecido, para admitir o recurso especial, mas negando-lhe provimento.”⁴

Percebam que as duas teorias são injustas. A primeira gera um evidente excesso, contendo-se, para a punição, com a prática de comportamentos muito distantes da consumação; a segunda, por sua vez, redundando numa insuficiente intervenção do Estado, esperando para punir o agente apenas quando estiver muito próximo da consumação, excluindo atos que, apesar de anteriores à execução do núcleo, são importantes na consecução do delito.

Para solucionar esse impasse, surge a teoria objetivo-individual.

(C) Teoria objetivo-material

São atos executórios aqueles em que se inicia a prática do núcleo do tipo, bem como os atos imediatamente anteriores, com base na visão de terceira pessoa alheia à conduta criminosa.

(D) Teoria objetivo-individual

Preconizada por Eugênio Raúl Zaffaroni, entende como atos executórios aqueles que, de acordo com o plano do agente, realizam-se no período imediatamente anterior ao começo da execução típica. Trata-se de um ajuste buscando complementar o critério objetivo-formal.

“De acordo com este critério, para estabelecer a diferença leva-se em conta o plano concreto do autor (daí a razão do ‘individual’), não se podendo distinguir entre ato executório e preparatório sem a consideração do plano concreto do autor, o que nos parece mais acertado”⁵.

O fato de JOÃO escalar o muro é ato anterior à subtração, porém inequívoco na demonstração da sua intenção criminosa, autorizando, a partir desse instante, a sua punição.

Esta é a teoria adotada pela doutrina moderna, e também já fez parte da jurisprudência do STJ:

“FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. Uso de barra de ferro para ingresso em residência de terceiro com ‘animus furandi’. Não consumação do ingresso por interferência de terceiros. Atos que se caracterizam como início de execução. Recurso conhecido e provido.”⁶

Note-se que, no exemplo decidido pelo tribunal, a adoção da teoria objetivo-formal conduziria à atipicidade da conduta, uma vez que, embora o ingresso no domicílio alheio tivesse por intenção o furto, o núcleo do tipo penal ainda não havia sido praticado (restaria a possibilidade de punir o agente somente pelo crime de invasão de domicílio – art. 150, CP).

4. AREsp 974.254/TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 21/09/2021.

5. Ob. cit. p. 668.

6. STJ – Quinta Turma – REsp 113603 – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJ 28/09/1998.

2.4. Consumação

A consumação assinala o instante da composição plena do fato criminoso, encerrando o *iter criminis*, última etapa deste percurso (não necessariamente composto de todas as quatro fases). Como adverte Aníbal Bruno:

“É o momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da figura delituosa, e em que o bem jurídico penalmente protegido sofreu a lesão efetiva ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo”⁷.

Vamos aprofundar esta etapa do “*iter criminis*”.

3. CRIME CONSUMADO

Nos termos do que prescreve o artigo 14, I, do Código Penal, considera-se consumado o crime “*quando nele se reúnem todos os elementos da sua definição legal*”. Tem-se, assim, um crime completo, perfeito, realizado por inteiro, coincidindo o fato concreto e o tipo legal.

O **momento consumativo** varia conforme a natureza do crime:

(A) **crime material ou de resultado** – nestes, o tipo penal descreve a conduta e o resultado (naturalístico), exigindo, para a consumação, a efetiva modificação do mundo exterior (exs: homicídio, art. 121, CP e furto, art. 155, CP).

(B) **crime formal ou de consumação antecipada** – aqui a norma penal também descreve um comportamento seguido de um resultado naturalístico, mas dispensa a modificação no mundo exterior, contentando-se, para a consumação, com a prática da conduta típica. O crime, portanto, se consuma no momento da ação, sendo o resultado mero exaurimento (ex: extorsão, art. 158, CP e extorsão mediante sequestro, art. 159, CP);

(C) **crime de mera conduta (ou simples atividade)** – tratando-se de delito sem resultado naturalístico, a lei descreve apenas uma conduta, consumando-se o crime no momento em que esta é praticada (ex: violação de domicílio, art. 150, CP);

(D) **crime permanente** – nos crimes permanentes, a consumação se protraí no tempo, prolongando-se até que o agente cesse a conduta delituosa (ex: sequestro e cárcere privado, art. 148, CP);

O crime permanente guarda peculiaridades no que toca à aplicação da lei penal no tempo, motivo pelo qual remetemos o leitor ao tópico próprio.

(E) **crime habitual** – para a consumação exige-se a reiteração da conduta típica (ex: crime de perseguição, art. 147-A, CP; curandeirismo, art. 284, CP).

(F) **crime qualificado pelo resultado** – nesta espécie, a consumação se dá com a produção do resultado que agrava especialmente a pena (ex: lesão corporal seguida de morte, art. 129, §3º, CP);

7. Ob. cit., p. 254.

(G) crime omissivo próprio – consuma-se no momento em que o agente se abstém de realizar a conduta devida, imposta pelo tipo mandamental (omissão de notificação de doença, art. 269, CP; omissão de socorro, art. 135, CP);

(H) crime omissivo impróprio – também denominado crime comissivo por omissão, tem sua consumação reconhecida com a produção do resultado naturalístico (“crime do garantidor”, art. 13, §2º, CP).

☒ **O que vem a ser crime exaurido?**

Diz-se exaurido (ou esgotado plenamente) o crime **marcado por um o acontecimento posterior ao término do *iter criminis***. Explica (e exemplifica) **Flávio Monteiro de Barros**:

“O exaurimento compreende os ulteriores efeitos da conduta criminosa. Por exemplo, o falso testemunho consuma-se quando a testemunha encerra o depoimento falso, assinando o respectivo termo. As consequências advindas depois disso, como a condenação ou absolvição do réu, integram o exaurimento do crime”⁸.

Importante frisar que o exaurimento não influencia na tipicidade (subsunção do fato à norma), mas poderá:

(A) servir como circunstância judicial desfavorável (o crime exaurido merece pena-base maior, considerando as *consequências do crime*, art. 59, *caput*, CP);

(B) atuar como qualificadora (no crime de resistência, art. 329, §1º, CP);

(C) caracterizar causa de aumento de pena (no crime de corrupção passiva, art. 317, §1º, CP);

(D) configurar crime autônomo (se, após consumir o sequestro qualificado pela finalidade libidinosa, o agente praticar na vítima atos de libidinagem, o exaurimento do crime contra a liberdade individual gera um novo crime, qual seja, estupro, art. 213 do CP).

4. DA TENTATIVA

O crime é considerado tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (artigo 14, II, do Código Penal).

Alerta **Fernando de Almeida Pedroso**:

“A tentativa, destarte, não constitui crime *sui generis*, com pena autônoma. É ela violação incompleta da mesma norma de que o crime consumado representa violação plena, e a sanção dessa norma, embora minorada, lhe é extensiva. Por via de consequência, sendo a tentativa tipo tributário do tipo reitor, não há crime de tentativa, mas tentativa de crime”⁹.

8. Ob. cit. p. 260.

9. Ob. cit. p. 283.

Cuida-se de **norma de extensão** temporal, ampliando a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos humanos realizados de forma incompleta (adequação típica de subordinação mediata).

Percebe-se, com facilidade, que no crime tentado há uma incongruência entre o plano físico e o psíquico. Enquanto o tipo subjetivo se realiza completamente (o dolo é o mesmo, não importando se consumado ou tentado o delito), o tipo objetivo fica aquém da vontade do agente.

São **elementos** da tentativa **(A)** o início da execução; **(B)** a não consumação do crime por circunstâncias **alheias à vontade** do agente; **(C)** dolo de consumação e **(D)** resultado possível.

☑ **Como se dá a punição do crime tentado?**

São várias as teorias que cuidam da punição do *conatus*, dentre as quais se destacam as seguintes:

(A) Sistema ou teoria subjetiva, voluntarística ou monista

A punição da tentativa deve observar o aspecto subjetivo do delito, da perspectiva do dolo do agente. Sabendo que, seja na consumação seja na tentativa, o crime é subjetivamente completo, não pode haver, para esta teoria, distinção entre as penas nas duas modalidades. A tentativa merece a mesma pena do crime consumado.

(B) Sistema ou teoria sintomática

A punição da tentativa tem lastro na periculosidade revelada pelo agente, o que possibilita a penalização inclusive de atos preparatórios.

(C) Sistema ou teoria objetiva ou realística

A punição da tentativa deve observar o aspecto objetivo do delito. Apesar de a consumação e a tentativa serem subjetivamente completas, esta (tentativa), diferente daquela (consumação), é objetivamente inacabada, autorizando punição menos rigorosa quando o crime for tentado.

	Crime Consumado	Tentativa de crime
Subjetivamente (dolo)	Completo	Completo
Objetivamente (atos executórios)	Acabado	Inacabado

(D) Sistema ou teoria da impressão ou objetivo-subjetiva

Tem por escopo limitar o alcance da teoria subjetiva, evitando a punição irrestrita de atos preparatórios porque torna possível a punição da tentativa apenas a partir do momento em que a conduta seja capaz de abalar a confiança na vigência do ordenamento jurídico; e também quando a conduta transmita àqueles que dela tomem conhecimento a mensagem de perturbação da segurança jurídica.

O nosso Código, como regra, adotou a teoria objetiva, punindo-se a tentativa com a mesma pena do crime consumado, reduzida de 1/3 a 2/3¹⁰. Sobre critério para a diminuição, esclarece **Nucci**:

“o juiz deve levar em consideração apenas e tão-somente o *iter per-corrido*, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito. Não se leva em conta qualquer circunstância – objetiva ou subjetiva –, tais como crueldade no cometimento do delito ou péssimos antecedentes do agente”¹¹.

A leitura do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal¹² revela que, embora a regra seja a adoção da teoria objetiva, situações há em que, excepcionalmente, o legislador pune com a mesma pena a forma consumada e a tentada, adotando, portanto, a teoria subjetiva. São casos em que o legislador se contenta com a exteriorização da vontade. São os chamados crimes de atentado (ou empreendimento).

Exemplo: “*Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena – detenção de três meses a um ano*” (art. 352 do CP).

Exemplo 2: “*Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem: Pena – reclusão até três anos*” (art. 309, Lei nº 4.737/65).

Há, por fim, casos específicos em que o legislador pune **apenas** a tentativa, não havendo previsão de crime na forma consumada.

Exemplo: “Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência” (art. 359-L do CP – Abolição violenta do Estado Democrático de Direito).

São **espécies de tentativa**:

(A) Quanto ao *iter criminis* percorrido

Tentativa imperfeita (ou inacabada): o agente é impedido de prosseguir no seu intento, deixando de praticar todos os atos executórios à sua disposição. Neste caso, o sujeito ativo **não** logra executar todos os atos que pretendia; a execução é interrompida antes de ser esgotada (ex: JOÃO, munindo com seis projéteis a arma escolhida para matar

10. O Código Penal Militar adotou, igualmente, a teoria objetiva em relação à tentativa. Entretanto, prevê aquele diploma a interessante possibilidade de aplicação da pena consumada, no caso de excepcional gravidade da conduta praticada. CPM. Art. 30, parágrafo único. *Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado.*

11. Código Penal Comentado. Ob. cit. p. 145.

12. CP. Art. 14, parágrafo único – **Salvo disposição em contrário**, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (grifamos)

ANTONIO, é impedido, por populares, de efetuar o segundo disparo, evitando a morte da vítima).

Tentativa perfeita (ou acabada ou crime falho ou crime frustrado): o agente, apesar de praticar todos os atos executórios à sua disposição, não consegue consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesta hipótese, a execução se esgota, tendo o **sujeito feito tudo o que pretendia fazer**, mas, por motivos vários, o resultado não se verificou (ex: JOÃO dispara os seis tiros que tinha à disposição para matar ANTONIO, porém, ainda assim, não consegue alcançar o seu objetivo, sendo a vítima socorrida eficazmente)¹³.

(B) Quanto ao resultado produzido na vítima (objeto material)

Tentativa branca ou incruenta: o golpe desferido não atinge o corpo da vítima, não gerando lesão efetiva, palpável à integridade corporal do ofendido;

Tentativa vermelha ou cruenta: a vítima é efetivamente atingida.

(C) Quanto à possibilidade de alcançar o resultado

Tentativa idônea: o resultado, apesar de possível de ser alcançado, só não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente;

Tentativa inidônea: aqui, o crime mostra-se impossível na sua consumação (art. 17 do CP) por absoluta ineficácia do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto material.

☒ **O que se entende por tentativa supersticiosa ou irreal?**

Entende-se por **tentativa supersticiosa (ou irreal)** aquela em que o agente acredita estar incurso numa situação típica que, na prática, não é realizável. Embora, num primeiro momento, possa se confundir com a tentativa inidônea por se encontrar na esfera do crime impossível, a supersticiosa dela se difere. Na tentativa inidônea, ao empregar meio absolutamente ineficaz ou visar a objeto absolutamente impróprio, o agente ignora esta circunstância e acredita no contrário, ou seja, que o meio eleito é apto a provocar o resultado ou que o objeto esteja em condições de sofrer os efeitos do resultado. Na tentativa supersticiosa, por outro lado, o agente tem plena consciência a respeito do meio que emprega ou do objeto visado e acredita que tanto num caso como noutro o resultado pode ser alcançado, embora, objetivamente, isso seja impossível. Por exemplo: “A” pretende matar “B” mediante disparos de arma de fogo e, para tanto, apossa-se de um revólver desmuniado e o aciona: não provoca o resultado, pois o meio é absolutamente ineficaz; “A” pretende matar “B” mediante disparos de arma de fogo e, para alcançar seu intento, desfere os tiros contra o alvo, que já está morto: não provoca o resultado porque o objeto é absolutamente impróprio. Em ambos os casos, “A” acredita que, com sua conduta, pode causar a morte de “B” porque ignora que a arma está desmuniada ou que a

13. A tentativa perfeita somente é compatível com os crimes materiais, pois nos formais e de mera conduta, o fim da execução consome o delito.

vítima já está morta. Noutras palavras, o crime é impossível, mas “A”, no momento em que se apoderou da arma, imaginou que fosse apta a efetuar os disparos ou, no segundo exemplo, ao efetuar os disparos, idealizou que o alvo estava vivo. Agora outra situação: “A” pretende matar “B” exercitando o poder do pensamento para que este seja atropelado por um automóvel. Neste caso, o crime é impossível não porque “A” tem uma impressão incorreta a respeito do meio ou do objeto, como nos exemplos anteriores, mas porque acredita na eficácia de um meio que jamais poderia causar qualquer resultado lesivo.

4.1. Infrações penais que não admitem tentativa

Nos **crimes culposos** o agente não tem dolo de consumação, o que torna essa modalidade de delito incompatível com o instituto da tentativa.

☒ É possível tentativa na culpa imprópria?

Para boa parte da doutrina, admite-se a tentativa na culpa imprópria (art. 20, § 1º, do CP), hipótese em que existe dolo de consumação. Imaginemos que JOÃO, durante a madrugada, se depare num beco com seu desafeto ANTONIO colocando a mão no bolso traseiro da calça. Essa cena o faz pensar que será vítima de injusta agressão, obrigando-o a armar-se primeiro e atirar contra o iminente agressor. Apesar do tiro, o suposto desafeto não morre. Percebe-se, então, que ANTONIO tirava do bolso um celular. JOÃO responde por tentativa de homicídio culposo. Esse é também o escólio de **Fernando de Almeida Pedroso**:

“Em suma: via de regra, não admitem os crimes culposos a tentativa. Ressalva-se a hipótese, porém, de o episódio ser informado pela culpa imprópria, igualmente chamada de culpa por equiparação, extensão ou assimilação. Em tal caso, porque – excepcionalmente – há vontade endereçada ao malogrado resultado, a tentativa é compossível”¹⁴.

Nos **crimes preterdolosos** o agente também não quer o resultado agravador, que lhe é imputado a título de culpa. Logo, mostra-se igualmente incompatível essa espécie de crime com a tentativa.

Observamos, contudo, ser possível o *conatus* quando frustrada a conduta antecedente (dolosa), verificando-se somente o resultado qualificador (culposo). Explicam **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio Molina**:

“Não é possível falar em tentativa no crime preterdoloso em relação ao resultado posterior (que é culposo). Culpa não admite a tentativa. Mas é perfeitamente possível a ocorrência de crime preterdoloso tentado quando o primeiro delito (doloso) não se consuma, dando-se, entretanto, o resultado subsequente”¹⁵.

14. Ob. cit. p. 330.

15. Ob. cit. p. 348.

Exemplo 1: o médico não consegue interromper a gravidez da paciente – **aborto**, tipo fundamental –, porém a gestante, em razão das manobras abortivas, morre – **resultado culposo qualificador**. Nesse caso, prevalece que responderá ele (médico) por tentativa de aborto qualificado pela morte culposa (art. 126, c/c. o art. 127, ambos do CP).

Exemplo 2: estupro qualificado pela morte culposa da vítima – se o agente, por conta do emprego da violência, acaba matando a vítima, mas não consegue a conjunção carnal, teremos tentativa de estupro qualificado pela morte culposa da vítima.

Os **crimes unissubsistentes**, porque se consumam com apenas um único ato, não permitem o raciocínio da tentativa. Se for impossível o fracionamento do *iter*, se o crime se consuma apenas e tão-somente com um ato, não há que se falar em delito frustrado (ex: crimes omissivos puros).

Anuncia o artigo 4º da Lei de Contravenções Penais não serem puníveis as **contravenções penais** quando tentadas.

Nos **crimes de atentado (ou de empreendimento)**, embora possível a tentativa, por opção legislativa a sua punição é a mesma do delito consumado, não se aplicando a redução de pena prevista no art. 14, parágrafo único do CP (ex: evasão mediante violência contra a pessoa, art. 352 do CP).

Os **crimes habituais** são caracterizados pela reiteração de atos. Assim, ou ocorre reiteração de atos e o crime se consuma ou não há reiteração e então o fato será atípico. **Flávio Monteiro de Barros** enxerga exceção:

“Alguns crimes habituais, porém, admitem a tentativa. Tal ocorre com o delito previsto art. 282 do CP, quando o sujeito, sem ser médico, instala um consultório e é detido quando de sua primeira consulta”¹⁶.

Com o advento da Lei 14.132/21 percebemos uma “hidratação” das exceções, lecionando alguns que o crime de perseguição (art. 147-A, CP) também admite tentativa quando o agente, depois de perseguir a vítima numa oportunidade, é surpreendido na iminência de repetir o mesmo ato.

Os **crimes condicionados ao implemento de um resultado** somente são puníveis se o evento descrito na norma ocorrer efetivamente. Exemplo comum na doutrina era o do crime previsto no art. 122 do CP (participação em suicídio). Só era punível o comportamento de quem induzia, instigava ou auxiliava a vítima a se suicidar quando presente a lesão grave ou morte do suicida. Se esses resultados não acontecessem, o comportamento do participante não era punível, nem mesmo na forma tentada. Agora, com a Lei 13.968/19, o crime é punido com a simples participação, independentemente de resultado naturalístico. A tentativa, aliás, passa a ser possível, como no induzimento por escrito (carta interceptada).

16. Ob. cit. p. 274.

☑ É possível tentativa no dolo eventual?

Apesar de haver doutrina lecionando não ser possível tentativa no dolo eventual, argumentando que, nessa espécie, o agente não tem vontade de realizar o resultado (apenas o aceita como possível), prevalece a tese em sentido contrário. A lei equiparou, em termos de *vontade*, o dolo eventual ao dolo direto, sendo possível o *conatus* nos dois casos. Nesse sentido, explica Hungria:

“Se o agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição: logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa. É verdade que, na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente improficua (tentativa branca). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação de tentativa”¹⁷.

Para o STJ, não há o que impeça a tentativa na conduta daquele que assume o risco de provocar o resultado:

“Não é incompatível o crime de homicídio tentado com o dolo eventual, neste sentido é iterativa a jurisprudência desta Corte: “No que concerne à alegada incompatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que “a tentativa é compatível com o delito de homicídio praticado com dolo eventual, na direção de veículo automotor”. (AgRg no REsp 1322788/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015)”¹⁸.

☑ E a tentativa nos crimes de ímpeto?

Há quem sustente a impossibilidade da tentativa nas situações em que o agente atua por impulso, pois nestes casos não haveria possibilidade de fracionamento dos atos executórios.

A restrição, entretanto, não se impõe porque o fato de o crime ter sido empreendido num acesso de exaltação não implica, necessariamente, o óbice ao fracionamento da conduta. É plenamente possível, por exemplo, que um indivíduo subitamente dispare uma arma de fogo contra alguém, seja contido por terceiros e não alcance seu intento.

Vê-se, dessa forma, que a relação entre o crime de ímpeto e a tentativa é uma questão afeta ao campo da prova, não ao da adequação típica da conduta. A este respeito, Nélson Hungria emite alerta semelhante àquele que destacamos a respeito da tentativa no dolo eventual: a dificuldade de prova não tem valor para a incidência da tentativa¹⁹.

17. Ob. cit. vol. I, t. II. p. 262.

18. HC 503.796/RS, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), j. 01/10/2019.

19. Ob. cit. vol. I, t. II. p. 261.

5. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz são espécies de **tentativa abandonada** ou **qualificada**. Encontram previsão no artigo 15 do Código Penal²⁰, que dispõe:

“O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução [desistência voluntária] ou impede que o resultado se produza [arrependimento eficaz], só responde pelos atos já praticados”.

Trata-se do que **Franz Von Liszt** denominava “ponte de ouro”. O agente está diante de um fato cujo resultado material é perfeitamente alcançável, mas, até que ocorra a consumação, abre-se a possibilidade (ponte de ouro) para que o agente retorne à situação de licitude, seja desistindo de prosseguir na execução, seja atuando positivamente no intuito de impedir a ocorrência do resultado.

É nota distintiva entre a tentativa abandonada (ou qualificada, art. 15, CP) e a tentativa simples (art. 14, II, CP) o fato de que, naquela, o agente desiste de prosseguir ou impede a consumação por um ato voluntário, enquanto nesta são circunstâncias alheias à vontade do agente que o impedem de alcançar a forma consumada do crime.

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz, tratados como **tentativa abandonada**, são, tal como ocorre na tentativa simples, incompatíveis com os crimes culposos. Se nestes delitos o resultado é involuntário, não é possível ao agente desistir de alcançá-lo ou mesmo arrepender-se, após esgotar os meios de execução, e impedir a consumação.

Tentativa Simples (art. 14, II, CP)	Tentativa Qualificada (art. 15, CP)
O agente inicia a execução.	O agente inicia a execução.
O resultado não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente	O resultado não ocorre por circunstâncias inerentes à vontade do agente

A doutrina discute a **natureza jurídica** da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. Para uns, trata-se de **causa de exclusão da tipicidade**. Nesse sentido, argumenta **Miguel Reale Jr.**:

20. O art. 10 da Lei nº 13.260/16, que tipifica o crime de terrorismo, criou mais uma hipótese de desistência voluntária, que, no entanto, muito se diferencia da estabelecida no art. 15 do Código Penal porque, ao contrário dela, que pressupõe o abandono de atos executórios, admite o benefício na situação em que o agente abandona atos preparatórios. Criou-se, portanto, uma desistência voluntária antecipada. Na desistência voluntária do art. 15, admitida entre os atos executórios e a consumação, estimula-se que o agente atue para evitar a consumação do crime, a lesão ao bem jurídico tutelado. O art. 10 da Lei nº 13.260/16 tem o propósito de evitar que o agente (que já começou os atos preparatórios) pratique atos de execução. Interrompidos os atos preparatórios por deliberação do agente, sua responsabilidade se dá apenas pelos atos já praticados, como dispõe a parte final do art. 15 do CP. Consequentemente, não sofrerá imputação pelo crime de terrorismo em nenhuma das suas formas, mas responde pelos atos praticados se forem previstos noutros dispositivos penais: porte de explosivos, porte de arma, falsidade de um documento etc., diversos dos tipificados na lei de terrorismo. E que se note: se a desistência voluntária antecipada não se confunde com a do Código Penal, menos ainda se aproxima do arrependimento eficaz, que pressupõe o esgotamento do processo executório seguido de conduta positiva para evitar a consumação.

“Se típica é a tentativa, quando o resultado deixa de ocorrer por razão alheia à vontade do agente; atípica é a tentativa quando o evento deixa de se efetivar, não por causa alheia à vontade do agente, mas graças à sua própria vontade”²¹.

Para outros, **causa pessoal extintiva da punibilidade**. Vejamos a explicação de **Zaffaroni e Pierangeli**:

“Optamos pela causa pessoal de isenção de pena, porque entendemos que o delito tentado encontra-se completo em todos os seus elementos, apesar da mediação da desistência voluntária.

Embora se afirme que o conceito de crime tentado do art. 14, II, requer que ele ‘não se consume por circunstâncias alheias à vontade do agente’, com o que pareceria significar que a não consumação, por circunstâncias alheias à vontade do agente, é um elemento da tipicidade na tentativa, entendemos não ser isto sustentável, dado que a tentativa já é típica desde o início da execução, e uma etapa posterior em que se detém a execução não pode apagar o campo do proibido que já foi incursionado na etapa anterior. Em outras palavras: quando o autor começa a arrombar a porta para furtar, com isto inicia a execução do furto e sua conduta já é típica; se dez minutos depois, e já dentro da casa em que haveria de cometer o apoderamento, se arrepende e decide desistir, esta circunstância não pode eliminar a tipicidade já configurada de seus atos executivos anteriores”²².

Outro ponto que provoca certa controvérsia é a comunicabilidade da tentativa abandonada no concurso de pessoas.

Há quem sustente, a exemplo de Fragoso, que o instituto tem caráter subjetivo, o que leva à manutenção da responsabilidade do partícipe pela tentativa caso o autor desista ou se arrependa. Mas há também os adeptos, como Hungria, do caráter misto – objetivo e subjetivo – da tentativa abandonada. Nesse caso, aplica-se o art. 30 do CP para fundamentar a exclusão da responsabilidade do partícipe, que, executor de conduta acessória, só pode ser responsabilizado em conjunto com o autor. É a corrente predominante.

Se a decisão de abandonar a tentativa é do partícipe, seus efeitos dependem da eficácia sobre o autor, ou seja, o partícipe deve conseguir demover o autor do propósito de consumir o crime. Caso contrário, é punido normalmente.

5.1. Desistência voluntária

Na desistência voluntária, o agente, por manifestação exclusiva do seu querer, desiste de prosseguir na execução da conduta criminosa. Trata-se da situação em que os atos executórios ainda não se esgotaram, entretanto, o agente, voluntariamente, abandona o seu dolo inicial.

21. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 206.

22. Ob. cit. p. 672.

Lembrando a fórmula de Frank, enquanto na tentativa o agente *quer* prosseguir, mas *não pode*, na desistência voluntária o agente *pode prosseguir*, mas *não quer*.

Como se percebe, contenta-se o legislador com a voluntariedade da desistência (não precisando ser espontânea), o que significa que o instituto não se desnatura quando a decisão do agente, livre de coação, sofre influência subjetiva externa.

O tema foi bem explorado (com exemplos) nas lições de **Fernando de Almeida Pedroso**:

“Voluntária e carente de espontaneidade é a desistência quando é sugerida ao agente e ele assimila, subjetiva e prontamente, esta sugestão, esta influência externa de outra pessoa.

(...).

Exempli gratia: certo motorista, irritado em decorrência de colisão automobilística e em virtude de discussão estabelecida com o outro motorista, repentinamente desfecha-lhe tiros de revólver. Efetua alguns disparos. Porém, antes de esgotar a carga de munição, ouve e atende aos apelos da esposa ou parente que, estando consigo, no automóvel abalroado, o alerta e adverte para a gravidade do ato. Recua então o autor e se detém na execução que iniciara do homicídio, alertado pela tempestiva e desesperada advertência. Sobrevive a vítima. Em caso tal, indiscutível é a desistência voluntária, descharacterizadora do *conatus*, não obstante a ausência de espontaneidade.

(...).

No entanto, se a causa que determina a desistência é circunstância exterior, uma influência objetiva externa que compele o agente a renunciar ao desiderato criminoso, irrefragável é o reconhecimento do delito tentado, pois este empecilho que impede a consumação descortina uma circunstância estranha ao querer.

(...).

Se, iniciada a execução de um delito, seu autor deixa de prosseguir no *iter criminis* para fugir, porque percebe estar sendo vigiado, indubitavelmente é a ocorrência de fator exterior que se colocou fora da sua vontade, forçando-o a desistir (estar sendo vigiado), de modo que a existência de tentativa do crime colimado é indiscutível”²³.

Em resumo:

Interferência	Instituto	Exemplo
Externa objetiva	Tentativa	Disparo de alarme sonoro, acender luz de uma janela, pedestre passando pelo local etc.
Externa subjetiva	Desistência voluntária	Pedido de terceiro

23. Ob. cit. p. 316-7.

Em suma, são **elementos** da desistência voluntária (A) o início da execução e (B) a não consumação por circunstâncias inerentes a vontade do agente (abandono do dolo de consumação de maneira voluntária).

Presentes os requisitos, a **consequência** é a punição do agente pelos **atos já praticados** – se típicos. Segundo ensina **Aníbal Bruno**:

“Assenta essa impunibilidade em uma razão de política criminal, no interesse que tem o Direito em estimular a não consumação do crime, oferecendo ao agente oportunidade de sair da situação que criara, sem sofrer punição. É a ponte de ouro, na imagem Von Liszt, que a lei estende para a retirada oportuna do agente.”²⁴.

Exemplo 1: JOÃO, com intenção de matar, desfere cinco facadas em ANTONIO, mas abandona a sua intenção de matar, deixando ANTONIO viver, embora com lesões graves. JOÃO será punido por lesão corporal grave (e não tentativa de homicídio).

Exemplo 2: JOÃO, com intenção de furtar, adentra o domicílio de ANTONIO. Ao colocar a mão na televisão que pretendia subtrair, JOÃO desiste de prosseguir na execução. JOÃO será punido pelo crime de invasão de domicílio (e não tentativa de furto).

Comparando a tentativa simples com a desistência voluntária, temos:

	Tentativa simples (art. 14, II, do CP)	Desistência voluntária (art. 15, 1ª parte, do CP)
Elementos	• Início da execução • Não consumação por circunstâncias alheias a vontade do agente. • Resultado possível	• Início da execução • Não consumação por circunstâncias inerentes a vontade do agente. • Resultado possível
Dolo	Dolo de consumação	Dolo abandonado
Fórmula de Frank	O agente quer prosseguir, mas não pode.	O agente pode prosseguir, mas não quer.
Consequências	Diminuição de pena de 1/3 a 2/3 (regra)	O agente só responde pelos atos já praticados (se típicos).

5.2. Arrependimento eficaz

Previsto no artigo 15, 2ª parte, do Código Penal, o arrependimento eficaz (arrependimento ativo ou resipiscência) é a segunda espécie de tentativa abandonada ou qualificada. Ocorre quando os atos executórios já foram todos praticados, porém, o agente, decidindo recuar na atividade delituosa corrida, desenvolve nova conduta com o objetivo de impedir a produção do resultado (consumação).

24. Ob. cit., Tomo 2º, p. 245.

Do exposto conclui-se: **a)** pressupõe o esgotamento dos atos executórios; **b)** só tem cabimento nos **crimes materiais**, nos quais o tipo penal exige a ocorrência do resultado naturalístico para a sua consumação.

Invocamos, mais uma vez, a lição de **Fernando de Almeida Pedroso**:

“O arrependimento eficaz só é compossível com os crimes materiais, pois apenas pode existir em relação a tentativa que seria perfeita ou crime falho, eis que pressupõe o esgotamento do processo executivo quando da interferência da vontade do sujeito ativo que impede o *summum opus*”²⁵.

Da mesma forma que a desistência voluntária, para o reconhecimento do arrependimento ativo basta a **voluntariedade**. Deve, ainda, ser eficaz, isto é, que a **atuação do agente seja capaz de evitar a produção do resultado**²⁶.

Presentes os seus requisitos (voluntariedade e eficácia do arrependimento), a **consequência** é a mesma da desistência voluntária: a responsabilização do agente pelos **atos já praticados**.

Exemplo: JOÃO desfere cinco tiros em ANTONIO, com a intenção de matar. Após os disparos, arrepende-se de forma voluntária, conduzindo ANTONIO até o hospital mais próximo para que receba socorro médico. Caso ANTONIO permaneça vivo, JOÃO responderá pelas lesões causadas na vítima, caracterizando o arrependimento eficaz; se ANTONIO falecer (em razão dos disparos), responderá JOÃO por crime de homicídio consumado, havendo mera atenuação da pena (arrependimento ineficaz).

Vejamos as distinções e semelhanças entre as duas espécies de tentativa qualificada.

Desistência voluntária	Arrependimento eficaz
Art. 15, 1ª parte, CP	Art. 15, 2ª parte, CP
Espécie de tentativa abandonada	Espécie de tentativa abandonada
Exige voluntariedade	Exige voluntariedade e eficácia
Ocorre durante a execução	Ocorre após a execução
O agente abandona o seu dolo antes de esgotar os atos executórios	O agente esgota os atos executórios, mas consegue impedir o resultado
O crime não se consuma por circunstâncias inerentes à vontade do agente	O crime não se consuma por circunstâncias inerentes à vontade do agente
Pune-se pelos atos já praticados	Pune-se pelos atos já praticados

6. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

O arrependimento posterior está previsto no artigo 16 do Código Penal:

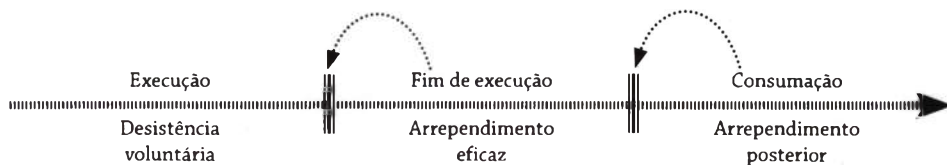
“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

25. Ob. cit. p. 320.

26. O arrependimento **ineficaz** (caso em que o arrependido, procurando evitar o resultado, não consegue impedir a consumação), será punido normalmente com a pena cominada ao delito inicialmente querido (e realizado), incidência, contudo, circunstância atenuante prevista no art. 65, III, “b”, 1ª parte, do Código Penal.

Trata-se de um comportamento pós-delitivo positivo em que o agente, depois de ter consumado o crime, por ato voluntário, repara o dano ou restitui a coisa com o fim de restaurar a ordem perturbada. Nesses casos, a lei recompensa o criminoso arrependido com a diminuição da sua pena. Os fundamentos de política criminal em que se estabelece o arrependimento posterior são, portanto, o atendimento aos interesses da vítima, que tem seu patrimônio restaurado, e o incentivo ao arrependimento do agente, beneficiado pelo abrandamento da pena. Além disso, o instituto se revela importante para a sustentação do ordenamento jurídico, pois, ao promover a reparação do dano, o agente reconhece a validade da norma que infringiu.

O arrependimento posterior foi denominado “ponte de prata” por Franz Von Liszt, porque, ao contrário da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, o agente não retorna à situação de licitude e, portanto, não é beneficiado pela extinção da punibilidade, mas tão somente pela redução da pena em virtude de sua iniciativa de reparar o dano causado por sua conduta. Logo, não podemos confundir o arrependimento do art. 16 CP com aqueles estudados no art. 15 CP (tentativa qualificada): na **desistência voluntária**, ocorre o abandono **durante** a execução; no **arrependimento eficaz**, depois de **esgotados** os atos executórios, o agente evita a consumação; no **arrependimento posterior**, **após** a consumação do crime, o agente repara o dano ou restitui a coisa.



Para seu reconhecimento, o artigo 16 do CP impõe os seguintes **requisitos**:

(A) Crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa

O crime objeto do arrependimento não pode ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, independentemente da pena fixada ao delito. A violência à coisa não obsta o reconhecimento do instituto.

Entende-se, majoritariamente, que os crimes culposos, mesmo que violentos, admitem o benefício. Seria, por exemplo, o caso da lesão corporal decorrente de culpa (art. 129, §6º, CP), em que não há violência na conduta, mas sim no resultado²⁷.

27. O STJ segue a orientação de que o reconhecimento do arrependimento posterior pressupõe que o crime seja patrimonial ou tenha efeitos patrimoniais, razão pela qual nega a aplicação do instituto em casos como de homicídio culposo na direção de veículo automotor. A composição financeira firmada entre o autor do homicídio e a família da vítima não pode ser tomada como reparação do dano porque não beneficia, por motivos óbvios, a própria vítima do crime (REsp 1.561.276/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/06/2016). O tribunal também nega a possibilidade de que a possível aplicação do art. 16 seja fundamento no cálculo da pena abstrata para incidência do art. 89 da Lei 9.099/95: “3. Para que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, faz-se necessário que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais. 4. Não há se falar em aplicação da causa de diminuição prevista no art. 16 do CP para fins de cálculo

- ☑ **A violência imprópria (que, sem o emprego efetivo de força física ou grave ameaça, também atinge a capacidade de resistência da vítima) impede a causa de redução de pena prevista no art. 16 do CP?**

Prevalece na doutrina que o legislador penal, no artigo 16, vedou o benefício somente no caso de violência própria. Logo, no crime de roubo, por exemplo, seria admissível o arrependimento posterior, desde que cometido mediante emprego de meio diverso da força física ou grave ameaça, mas suficiente para reduzir a capacidade de resistência da vítima. Essa conclusão também está presente na lição de **Flávio Monteiro de Barros**:

“No tocante à chamada violência imprópria, através da qual o agente reduz a vítima à impossibilidade de resistência, sem contudo empregar força física ou grave ameaça, entendemos que não deve ser excluída do raio de incidência do art. 16 do CP. O dispositivo em análise fala em ‘violência ou grave ameaça’. Se quisesse excluir a violência imprópria, a expressão usada seria ‘violência, grave ameaça ou redução, por qualquer meio, da capacidade de resistência da vítima’. Uma ligeira interpretação lógico-sistemática dos arts. 146 e 157 do CP não permite outra conclusão. Sobremais, como diz um velho princípio hermenêutico, ‘onde a lei não distingue, ao intérprete não é lícito distinguir’. Se, por exemplo, o agente narcotiza a bebida da vítima, oferecendo-lhe uma fruta ‘contaminada’, pondo-a para dormir, aproveitando-se para, logo em seguida, subtrair-lhe a carteira, haverá delito de roubo, diante do emprego da violência imprópria. Nesse caso, porém, o agente, vindo a reparar o dano, pode beneficiar-se do art. 16 do Código Penal. Já num roubo com violência física ou grave ameaça torna-se inadmissível a aplicação deste artigo”²⁸.

(B) Reparação do dano ou restituição da coisa

A doutrina predominante entende que a reparação do dano ou restituição da coisa deve ser **integral**²⁹, podendo a **parcial** servir-se do benefício, desde que presente a concordância da vítima.

da pena em abstrato e consequente aplicação da benesse prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, pois, como já demonstrado, essa minorante não tem aplicação em relação ao delito previsto no art. 302 do CTB, o qual não pode ser encarado como crime patrimonial ou de efeito patrimonial” (EDcl no AgRg no HC 510.052/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 05/03/2020).

28. Ob. cit. p. 286. Deve ser lembrado, porém, que a reparação do dano em crimes cometidos com violência ou grave ameaça é circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, “b”, do Código Penal.
29. Para o STJ, somente a reparação integral autoriza a diminuição da pena: “No que tange à causa de diminuição do art. 16 do CP, é entendimento desta Corte que “a causa de diminuição de pena relativa ao artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior) somente tem aplicação se houver a integral reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima. Na espécie, não foi preenchido o requisito relativo à reparação integral do dano, eis que as instâncias de origem consignaram que houve apenas devolução parcial” (AgRg nos EDcl no REsp 1.710.029/RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 08/06/2021).

(C) Até o recebimento da denúncia ou queixa

O recebimento da inicial acusatória é o **termo final** para o arrependimento posterior. Pretendeu o legislador impor um limite temporal à conduta (de arrependimento) do agente, condicionando a esta etapa do procedimento criminal.

Caso a reparação do dano ocorra depois do recebimento da denúncia ou queixa, mas antes do julgamento (sentença), deverá ser reconhecida a circunstância atenuante do artigo 65, III, “b”, *in fine*, do Código Penal.

Antes do recebimento da inicial	Antes do julgamento, mas depois do recebimento da inicial
Há arrependimento posterior	Não há arrependimento posterior
Redução da pena de 1/3 a 2/3	Incide circunstância atenuante (art. 65, III, “b”, parte final)

(D) Ato voluntário do agente

Mais uma vez, a lei se contenta com a voluntariedade, atitude livre de coação física³⁰ ou moral, independentemente da existência de interferências externas subjetivas, ou da ausência de motivos nobres na condução do arrependimento. Não é necessário, portanto, que o ato seja espontâneo.

Uma vez atendidos todos os requisitos previstos em lei, a reparação do dano ou restituição da coisa tem como **consequência** a redução de 1/3 a 2/3 da pena do agente. A diminuição se opera na terceira fase de aplicação da sanção penal e terá como **parâmetro** a maior ou menor presteza (celeridade e voluntariedade) na reparação ou restituição.

Natureza jurídica	Causa obrigatória de redução de pena
Consequência	Redução de 1/3 a 2/3 da pena
Parâmetro	Presteza na reparação do dano ou restituição da coisa

6.1. Situações especiais de reparação do dano ou restituição da coisa

Presentes todos os requisitos aqui elencados, a regra geral impõe que seja reconhecido o benefício da redução de pena de 1/3 a 2/3. Entretanto, algumas situações específicas (mais benéficas) afastarão a incidência da norma prevista no artigo 16 do Código Penal.

Em caso de **peculato culposo**, a reparação do dano ou restituição da coisa, se precede a sentença irrecorrível, é **causa especial extintiva da punibilidade**. Se lhe é posterior, é causa de redução de metade da pena (art. 312, §3º, CP).

30. Como a lei pressupõe voluntariedade, não se aceita que a reparação decorrente de apreensão de bens diminua a pena: “O benefício do arrependimento posterior exige a reparação integral do dano, por ato voluntário, até o recebimento da denúncia. *In casu*, consta do acórdão recorrido que os objetos apreendidos não dão conta do prejuízo causado à ofendida, além de não terem sido devolvidos espontaneamente [leia-se voluntariamente], conclusão que não se altera na via do recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ” (AgRg no AREsp 594.142/RJ, j. 17/11/2016).

No crime de **estelionato mediante emissão de cheque sem fundos** (art. 171, §2º, VI, CP), reza a súmula nº 554 do STF: "*O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal*". Como já aludido, trata-se de causa supralegal de extinção da punibilidade e, como norma mais benéfica, não se aplica a regra geral do arrependimento.

Nos **crimes contra a ordem tributária**, extingue a punibilidade o pagamento integral do débito tributário, nos termos do artigo 69 da Lei nº 11.941/2009 (aplicável tanto aos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 quanto aos arts. 168-A e 337-A do CP)³¹. Nesse sentido, tem eficácia meramente subsidiária o artigo 168-A, §2º³², do Código Penal que também traz hipótese específica de reparação do dano.

Por fim, nos **crimes de menor potencial ofensivo**, segundo procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, permite-se às partes a composição civil dos danos (art. 74 da Lei)³³. Havendo, por ocasião desta conciliação, reparação do dano ou restituição da coisa, ocorrerá a extinção da punibilidade (vide parágrafo único do dispositivo) e não arrependimento posterior.

☒ **A reparação do dano, requisito do arrependimento posterior, se comunica ao corréu?**

A reparação do dano é circunstância objetiva que se estende aos corréus da prática delitiva (art. 30 do CP). Assim, concorrendo mais de uma pessoa para o crime, o arrependimento posterior de um deles gera a causa de redução de pena para todos os demais. Nesse sentido há julgados do STJ:

"Pela aplicação do art. 30 do Código Penal, uma vez reparado o dano integralmente por um dos autores do delito, a causa de diminuição prevista no art. 16 do mesmo Estatuto estende-se aos demais

31. Aplicando analogicamente a regra sobre o pagamento nos delitos tributários, o STJ chegou a considerar extinta a punibilidade em relação a autores de furto de energia elétrica que, ainda no decorrer do inquérito policial, ressarciam à distribuidora o valor referente à energia subtraída (HC 252.802/SE, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 17/10/2013). Mas, com o tempo, o tribunal modificou sua orientação e tem afastado essa possibilidade: "Três obstáculos incidem à pretensão do direito adquirido à tese jurídica: a diversa política criminal aplicada aos crimes contra o patrimônio e contra a ordem tributária; a impossibilidade de aplicação analógica do art. 34 da Lei 9.249/95 aos crimes contra o patrimônio; e o tratamento legislativo do imposto diferente da tarifa ou preço público" (HC 477.622/ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 07/05/2019).

32. CP. 168, §2º. *É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*

33. No Estado de São Paulo, a Polícia Civil, por meio de seus departamentos regionais, criou os Núcleos Especiais Criminais (NECRIMs), destinados, nos crimes de menor potencial ofensivo cuja ação penal dependa de queixa ou esteja vinculada a representação do ofendido, a promover, na própria delegacia de polícia, a conciliação preliminar entre os envolvidos no fato delituoso, sempre na presença de representante da OAB. Note-se, contudo, que a simples conciliação preliminar não tem o condão de extinguir a punibilidade, pois, finalizado o ato, a autoridade policial remete o termo de conciliação, juntamente com o termo circunstanciado, ao Juizado Especial Criminal, onde haverá a apreciação pelo Ministério Público e pelo magistrado, que, considerando o procedimento em ordem, poderá determinar a extinção com base no art. 74 da Lei nº 9.099/95.

coautores, por constituir circunstância de natureza objetiva, cabendo ao julgador avaliar a fração de redução que deve ser aplicada, dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos no dispositivo, conforme a atuação de cada agente em relação à reparação efetivada³⁴.

Há corrente em sentido contrário, para a qual a exigência de voluntariedade demanda ato pessoal, o que inviabilizaria a comunicabilidade desta circunstância³⁵.

Neste sentido, **Luiz Régis Prado** ensina que:

“Trata-se de causa de diminuição de pena que influi na medida da culpabilidade, determinando sua redução, baseando-se também em considerações de política criminal (exigências de prevenção especial, favorecimento da administração da justiça e proteção à vítima do delito).

De conseguinte, não se estende o arrependimento posterior ao coautor ou partícipe que não tenha, voluntariamente, realizado o ressarcimento exigido para a diminuição da pena imposta”.³⁶

O STJ também já decidiu nesse sentido:

“4. A questão da comunicabilidade do arrependimento posterior no concurso de pessoas é controvertida na doutrina e na jurisprudência, que oscila entre a possibilidade de extensão da benesse aos corréus, por se tratar de circunstância objetiva e, portanto, comunicável, e a necessidade de ato voluntário e pessoal do agente, visando à reparação do dano causado, sendo, assim, circunstância de caráter pessoal que não admite sua extensão aos demais coacusados. 5. Filio-me ao entendimento de que diante da própria literalidade do art. 16 do Código Penal, que exige ato voluntário do agente para reparar o dano ou restituir a coisa até o recebimento da denúncia, não se admite a incidência da causa especial de diminuição de pena quando a reparação se der por ato de terceira pessoa, como na espécie. 6. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.799.096/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 19/10/2020; AgRg no AREsp 1.467.975/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 04/08/2020; AgRg no AREsp 868.942/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 04/04/2018; HC 92.004/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 01/06/2009.”³⁷

Para aqueles que sustentam a comunicabilidade do arrependimento posterior, a questão pode esbarrar na cooperação dolosamente distinta, em que um dos concorrentes do crime pretendia integrar ação criminosa menos grave do que aquela efetivamente praticada. Ex.: dois agentes arquitetam um furto e um deles, durante a execução do crime, acaba

34. REsp 1.187.976/SP, j. 07/11/2013; REsp 1.578.197/SP, j. 24/06/2016.

35. STJ – Quinta Turma – HC 92.004 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe 01/06/2009.

36. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 241.

37. HC 504.602/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/03/2021.

por cometer, à revelia de seu comparsa, um violento roubo. Se o agente que pretendia integrar apenas o delito de furto reparar o dano até o recebimento da denúncia, poderá ser beneficiado pela minorante, que, no entanto, **não será comunicável** ao autor do roubo em virtude da expressa vedação do art. 16 do Código Penal.

☑ **A recusa da vítima, não aceitando o valor de reparação ofertado pelo autor, impede o arrependimento posterior?**

O artigo 16 do Código Penal não elencou como requisito para o reconhecimento do arrependimento posterior a aceitação da vítima. Entende-se, desta maneira, que se houver voluntariedade na reparação, deverá ser reconhecido o benefício. Neste caso, o infrator deverá restituir o bem à autoridade policial ou, em último caso, depositá-lo em juízo.

Quadro ilustrativo: diferença entre desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior.

	Desistência voluntária (ponte de ouro)	Arrependimento eficaz (ponte de ouro)	Arrependimento posterior (ponte de prata)
Previsão legal	Art. 15, 1ª parte, CP (tentativa qualificada)	Art. 15, 1ª parte, CP (tentativa qualificada)	Art. 16, CP
Natureza jurídica	Causa de extinção da punibilidade (há divergência)	Causa de extinção da punibilidade (há divergência)	Causa geral de diminuição de pena
Momento em que ocorre	O agente abandona o intento antes de esgotar os atos executórios .	O agente, depois de esgotar os atos executórios abandona o intento.	Ocorre depois da consumação.
Quanto à consumação	Não consumação por circunstâncias <i>inerentes à vontade do agente</i> .	Não consumação por circunstâncias <i>inerentes à vontade do agente</i> .	Há consumação do crime
Consequência	O agente responde pelos atos até então praticados.	O agente responde pelos atos até então praticados.	Há redução da pena de 1/3 a 2/3.

7. CRIME IMPOSSÍVEL

Também denominado “quase-crime”³⁸, “crime oco” ou tentativa inidônea, o crime impossível está previsto no artigo 17 do Código Penal: *“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”*.

Vê-se, portanto, que, nessa hipótese, o comportamento do agente é inapto à consumação do crime, quer em razão dos meios empregados, quer por falta do objeto material.

Existem várias **teorias** buscando o melhor tratamento jurídico para esse fenômeno:

(A) Teoria sintomática: com a sua conduta, demonstra o agente ser perigoso, razão pela qual deve ser punido, ainda que o crime se mostre impossível de ser consumado. Por

38. Expressão empregada antes da Reforma Penal de 1984.

ter como fundamento a **periculosidade do agente**, esta teoria se relaciona diretamente com o direito penal do autor;

(B) Teoria subjetiva: sendo a conduta subjetivamente perfeita (vontade consciente de praticar o delito), deve o agente sofrer a mesma pena cominada à tentativa, independentemente das circunstâncias (objetivas) relativas à impropriedade absoluta do objeto ou à ineficácia absoluta do meio;

(C) Teoria objetiva: crime é conduta e resultado. Este configura dano ou perigo de dano ao bem jurídico. A execução deve ser idônea, ou seja, trazer a potencialidade do evento. Caso inidônea, temos configurado o crime impossível. A teoria objetiva subdivide-se:

(C.1) Teoria objetiva pura: não há tentativa, mesmo que a inidoneidade seja relativa, considerando-se, neste caso, que não houve conduta capaz de causar lesão. Como o Direito Penal tem por fundamento a tutela de bens jurídicos, a inidoneidade do meio ou do objeto, absoluta ou relativa, impede a configuração da tentativa;

(C.2) Teoria objetiva temperada ou intermediária: a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser absolutas para que não haja punição. Sendo relativas, pune-se a tentativa. É a teoria adotada pelo Código Penal.

	Teoria objetiva pura	Teoria objetiva temperada (art. 17, CP)
Ineficácia ou impropriedade absoluta	Não se pune	Não se pune
Ineficácia ou impropriedade relativa	Não se pune	Pune-se (tentativa)

O crime impossível tem como elementos **(A)** o início da execução, **(B)** a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente, **(C)** o dolo de consumação, e **(D)** resultado absolutamente impossível de ser alcançado. Atente-se para o fato de que os três primeiros elementos estão também presentes na tentativa simples (art. 14, II), de modo que a impossibilidade de alcançar o resultado pretendido é justamente o que faz desta conduta uma **tentativa inidônea**.

Tentativa Idônea	Tentativa Inidônea
Início da execução	Início da execução
Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente	Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente
Dolo de consumação	Dolo de consumação
Resultado possível (ainda que relativamente) de ser alcançado	Resultado absolutamente impossível de ser alcançado

Sobre o tema, merece ser transcrita a importante observação de **Miguel Reale Jr.:**

“Enquanto no crime tentado a consumação deixa de ocorrer pela interferência de causa alheia à vontade do agente, no crime

impossível a consumação jamais ocorrerá, e, assim sendo, a ação não se configura como tentativa do crime, que se pretendia cometer, por ausência de tipicidade”.

Dessa forma, equivoca-se o legislador ao editar: ‘Não é punível a tentativa’, como se tratasse de causa de impunibilidade de um crime tentado configurado”³⁹.

Duas são as **formas** de crime impossível:

(A) Crime impossível por ineficácia absoluta do meio

A inidoneidade absoluta do meio se verifica quando falta potencialidade causal, pois os instrumentos postos a serviço da conduta não são eficazes, em hipótese alguma, para a produção do resultado.

Exemplo: JOÃO, para matar ANTONIO, se vale (sem saber) de uma arma de brinquedo.

(B) Crime impossível por impropriedade absoluta do objeto

Também se dá o crime impossível quando a pessoa ou a coisa que representa o ponto de incidência da ação delituosa (objeto material) não serve à consumação do delito. A inidoneidade do objeto se verifica tanto em razão das circunstâncias em que se encontra (objeto impróprio) quanto em razão da sua inexistência (objeto inexistente).

Exemplos: JOÃO tenta praticar aborto contra mulher que não está grávida; JOÃO atira em ANTONIO, que, entretanto, já se encontrava morto no momento do disparo.

☑ Qual a diferença entre crime impossível e delito putativo?

Destacamos três espécies de delito putativo:

a) por erro de tipo: caracteriza-se pelo fato de o agente acreditar, erroneamente, que comete um delito. Enquanto no **erro de tipo** o agente comete um **fato típico** sem querer, no **crime putativo por erro de tipo** comete um **fato atípico** sem querer. Ex.: JOÃO, com a intenção de matar, dispara sua arma contra ANTONIO, que já estava morto. Percebe-se que o delito putativo por erro de tipo não passa de um crime impossível por absoluta impropriedade do objeto material (art. 17 do CP).

b) por erro de proibição: nesta situação, o agente pratica uma conduta imaginando se tratar de infração penal, mas, na realidade, comete um fato atípico. À indagação sobre a distinção para o crime impossível, **Nucci** responde:

“O primeiro [crime impossível] constitui a hipótese do agente que, pretendendo cometer um delito, não atinge a consumação porque valeu-se de instrumento absolutamente ineficaz ou voltou-se contra objeto absolutamente impróprio; o segundo [delito putativo], por seu turno, prevê a hipótese do agente que, pretendendo cometer

39. Ob. cit. p. 210.

um delito, não consegue seu intento porque a conduta eleita não constitui fato típico. Exemplos: no crime impossível, o agente desfere tiros, com o intuito de cometer homicídio, contra pessoa que já morreu; no crime putativo, o agente deixa de pagar dívida, instrumentalizada por meio de nota promissória, crendo ser infração penal, quando, na realidade, não é⁴⁰.

c) por obra do agente provocador: trata-se da situação em que o agente é ardilosamente induzido à prática do delito, tornando impossível, pela adoção de providências prévias, a consumação.⁴¹ O traço característico do agente provocador é o excesso de comportamento interventivo junto à conduta criminosa de modo a romper com a atuação eminentemente investigativa e necessariamente neutra, a ponto mesmo de induzir ou instigar a prática do delito. Em casos tais, o agente estatal, como o nome evidencia, provoca o evento e concorre decisivamente para o crime de forma que, ao mesmo tempo em que encoraja o autor à sua prática, providencia a sua prisão em flagrante.

O agente provocador não pode ser confundido com o agente infiltrado nem com o agente disfarçado.

Conceitualmente, no escólio de Alberto Silva Franco, agente infiltrado é o “funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa forma, desmantelá-la”.⁴² Nesse prisma, a infiltração pressupõe a imersão do agente em organização criminosa, mediante envolvimento articulado com os membros e adoção de postura estrategicamente complacente com as práticas criminosas, com o fito de angariar elementos que sirvam de sustentáculo à persecução penal. Dessarte, a figura jurídica da infiltração de agentes revela-se num estratagema investigativo, que se dá mediante prévia autorização judicial e cuja relação com o grupo criminoso é premeditada e planejada antecipadamente pelo Estado.

Introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), o agente disfarçado é aquele que, ocultando sua real identidade, posiciona-se com aparência de um cidadão comum (não chega a infiltrar-se no grupo criminoso) e, partir disso, coleta elementos que indiquem a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo. O agente disfarçado não se insere no seio do ambiente criminoso e tampouco macula a voluntariedade na conduta delitiva do autor dos fatos. É esta a razão pela qual a lei exige a demonstração de provas em grau suficiente a indicar que o autor realizou antes uma conduta criminosa, circunstância objeto da investigação proporcionada pelo disfarce. Há, portanto, uma relação utilitarista-consequencial entre esses elementos típicos.

40. *Código Penal Comentado*. Ob. cit. p. 159.

41. Aplica-se, nesta situação, a súmula nº 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Esta situação não se confunde com o flagrante esperado, em que, diante de uma conduta espontânea, a autoridade policial aguarda o momento mais oportuno para efetuar a prisão.

42. FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7a edição. São Paulo: RT, 2002, pg. 584.

A investigação realizada pelo agente disfarçado, em razão da qualificada apreensão de informações proporcionada pelo disfarce, colhe elementos probatórios razoáveis acerca da conduta criminosa preexistente.

Em resumo:

Agente provocador	Agente infiltrado	Agente disfarçado
Induz ardilosamente a prática do delito e torna impossível a consumação em virtude da adoção de providências prévias.	Imerge em organização criminosa, envolvendo-se com seus membros e adotando postura estrategicamente complacente com as práticas criminosas.	Com aparência de um cidadão comum, sem infiltrar-se no grupo criminoso, oculta sua real identidade e coleta elementos que indiquem a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo.

Capítulo VII

CONCURSO DE PESSOAS NA PRÁTICA DE CRIMES

Sumário • 1. Introdução; 2. Conceito; 3. Requisitos; 4. Formas de praticar o crime quanto ao sujeito; 4.1 Autoria (*Animus auctoris*); 4.2. Autoria mediata; 4.3. Autoria colateral; 4.4. Multidão delinquente; 4.5. Coautoria; 4.6. Participação (*Animus socii*); 4.6.1. Participação em cadeia e participação sucessiva; 4.6.2. Participação negativa; 5. Concurso de pessoas em crimes culposos; 6. Concurso de pessoas em crimes omissivos; 7. Punibilidade no concurso de pessoas; 8. Participação de menor importância; 9. Participação dolosamente distinta; 10. Comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementos; 11. Participação impunível.

1. INTRODUÇÃO

Em regra, os delitos tipificados no nosso ordenamento penal são de concurso eventual (ou unissubjetivos), podendo ser executados por uma ou várias pessoas.

Exemplo: JOÃO, sozinho, pode praticar os crimes de homicídio, furto, roubo, extorsão, estupro etc. Nesses tipos o legislador não exige a pluralidade de agentes, circunstância que, se existir, serve apenas para qualificar, majorar ou agravar a pena do delito.

Temos, excepcionalmente, delitos de concurso necessário (plurissubjetivos), figurando como elementar do tipo a pluralidade de agentes.

Exemplo: JOÃO, sozinho, jamais praticará o crime de associação criminosa. O tipo penal do art. 288 do CP exige a pluralidade de agentes (no mínimo três).

Nota-se, com facilidade, que a teoria do concurso de pessoas só tem interesse nos delitos unissubjetivos, pois nos plurissubjetivos a reunião de pessoas emana do próprio tipo penal.

2. CONCEITO

Entende-se por concurso de pessoas (*concursum delinquentium*¹) a reunião de vários agentes concorrendo, de forma relevante, para a realização do mesmo evento, agindo todos com identidade de propósitos.

A cooperação pode ocorrer em fases diversas, desde o planejamento até a consumação do delito², e em intensidade variável, razão pela qual é valorada de acordo com a

-
1. O *concursum delinquentium* não se confunde com o *concursum delictorum*. Enquanto o primeiro trata do concurso de pessoas, este último diz respeito ao concurso de delitos. E nenhum desses se confunde com o *concursum normarum*, relativo ao concurso aparente de normas.
 2. Para a configuração do concurso de pessoas, é indispensável que a adesão de vontade do concorrente se verifique até a consumação do crime visado (se depois, haverá delito autônomo, como, por

contribuição de cada um dos agentes para o sucesso da campanha criminosa. A apuração da intensidade com que cada um dos agentes contribui para o aperfeiçoamento do crime pode, aliás, ser bastante dificultada, como ocorre nas situações em que a investigação lida com organizações criminosas, que no mais das vezes empreendem ações delituosas complexas e bem estruturadas, têm composição hierarquizada, dividem-se em subgrupos e adotam como regra a “lei do silêncio” entre seus membros.

3. REQUISITOS

Para que se caracterize o concurso de pessoas é indispensável a presença de **quatro** requisitos:

(A) Pluralidade de agentes e de condutas: a existência de diversos agentes, que empreendem condutas relevantes, é o requisito primário do concurso de pessoas. Note-se, todavia, que embora todos se dediquem para o sucesso da empreitada, nem sempre o fazem em condições idênticas. É possível, e muito comum, que enquanto alguns ingressam no núcleo do tipo, outros se dediquem a funções paralelas, auxiliando os primeiros. É também possível que alguém instigue ou induza outrem a ser o executor material de determinado crime. Em todos os casos, a atuação reunida dos agentes contribui de alguma forma para a cadeia causal, fazendo com que os vários concorrentes respondam pelo crime.

(B) Relevância causal das condutas: embora seja imprescindível a pluralidade de condutas, só esta circunstância não é o bastante para caracterizar o concurso de pessoas. É necessário que cada uma das condutas empreendidas tenha relevância causal. Se algum dos agentes praticar um ato sem eficácia causal, não haverá concurso de pessoas (ao menos no que concerne a ele).

(C) Liame subjetivo entre os agentes: é também necessário que todos os agentes atuem conscientes de que estão reunidos para a prática da mesma infração. Faltando o vínculo psicológico, desnatura-se o concurso de pessoas (podendo configurar a autoria colateral, estudada adiante). Percebe-se que, embora seja indispensável o liame subjetivo, dispensa-se prévio ajuste, que, não obstante, é o que comumente ocorre. Explica **Cleber Masson**:

“Fica claro que para a caracterização do vínculo subjetivo é suficiente a atuação consciente do partícipe no sentido de contribuir para a conduta do autor, ainda que este desconheça a colaboração. Não se reclama o prévio ajuste, nem muito menos a estabilidade na associação, o que acarretaria na caracterização do crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288), se presentes mais três pessoas”³.

(D) Identidade de infração penal: para que se configure o concurso de pessoas, todos os concorrentes devem contribuir para o mesmo evento.

exemplo, receptação, favorecimento real etc.).

3. Ob. cit., p 501.

☑ **Todos os concorrentes do evento ilícito responderão pela mesma infração penal?**

Temos **três** teorias discutindo a infração penal, em tese, cometida por cada concorrente:

(A) Teoria monista (unitária ou igualitária): Para essa teoria, ainda que o fato criminoso tenha sido praticado por vários agentes, conserva-se único e indivisível, sem qualquer distinção entre os sujeitos. Todos e cada um, sem distinção, são responsáveis pela produção do resultado, em concepção derivada da equivalência das condições (todos os que concorrem para o crime respondem pelo seu resultado) e também fundamentada em questões de política criminal, em que se prefere punir igualmente os vários agentes que, de alguma forma, contribuíram para a prática de determinada infração penal.

Esta teoria é objeto de críticas em razão da dificuldade de estabelecer materialmente a equivalência das condições, ignorando, também, as próprias exceções previstas na lei, que estabelecem penas maiores ou menores de acordo com a função efetivamente desempenhada por cada um dos agentes.

(B) Teoria pluralista: De acordo com a teoria pluralista, a cada um dos agentes se atribui conduta, elemento psicológico e resultado específicos, razão pela qual há delitos autônomos cominados individualmente. Haverá tantos crimes quantos sejam os agentes que concorrem para o fato.

A teoria pluralista como base do concurso de pessoas é também alvo de críticas, pois o papel desempenhado por cada um dos agentes não é autônomo, o elemento subjetivo não é destacado do todo e o resultado também não será fracionado.

(C) Teoria dualista: Por fim, para a teoria dualista, tem-se um crime para os executores do núcleo do tipo (autores) e outro aos que não o realizam, mas de qualquer modo concorrem para a sua execução (partícipes). Trata-se, na verdade, de dupla concepção a respeito do papel exercido por cada um dos agentes, cabendo ao autor o desempenho da ação principal e ao partícipe a prática de atos acessórios.

Também não escapou das críticas. O crime se resume a apenas um fato, e, muitas vezes, a atuação do executor é menos relevante do que a desempenhada pelo partícipe, como ocorre, por exemplo, no homicídio praticado por mandato.

A teoria adotada pelo Código Penal foi a monista, estabelecendo-se a existência de apenas um crime e a responsabilidade de todos os que concorrem para a sua prática. O artigo 29 do Código Penal, todavia, em sua parte final, faz uma ressalva no sentido de que todos incidem nas penas cominadas ao crime “na medida de sua culpabilidade”.

É certo que a adoção da teoria monista representa um princípio de justiça, pois impõe imputação equivalente a todos os que concorreram para o mesmo fato. A menção à culpabilidade constitui um *plus*, possibilitando, no momento da aplicação da pena, a justa punição pela conduta criminoso, analisando-se o concurso de pessoas à luz do dolo e da culpa, bem como da censurabilidade da conduta. É com base na culpabilidade, aliás, que os parágrafos do art. 29 trazem algumas exceções ao *caput* ao tratarem da participação

de menor importância e da cooperação dolosamente distinta. Ao estabelecer tais exceções, o Código Penal se aproxima da **teoria dualista**, distinguindo a coautoria da participação.

A **teoria pluralista**, embora não adotada como regra, está excepcionalmente prevista no Código Penal. Lembremos, por exemplo, o crime de aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante: apesar de concorrerem para o mesmo evento (aborto), a gestante responde na forma do artigo 124 e o provocador de acordo com o artigo 126. Podemos lembrar, ainda, da corrupção: o funcionário público corrupto é punido pelo art. 317 – corrupção passiva – e o particular pelo art. 333 – corrupção ativa.

4. FORMAS DE PRATICAR O CRIME QUANTO AO SUJEITO

4.1. Autoria (*Animus auctoris*)

Para a devida compreensão do tema “concurso de pessoas”, saber definir “autor” (permitindo diferenciá-lo do “partícipe”) é indispensável, porém tarefa das mais difíceis. Como bem alerta **Rogério Greco**:

“Em virtude de não ter o Código Penal traduzido os conceitos de autor e partícipe, tais definições ficaram a cargo de nossa doutrina. Surgiram, portanto, algumas definições restritas, outras mais abrangentes e também posições tidas como conciliatórias. Na verdade, pelo número de teorias que surgiram ao longo do tempo, percebe-se que o tema nada tem de pacífico”⁴.

As várias teorias podem ser reunidas em dois grupos: unitárias (não diferenciam autor e partícipe) e diferenciadoras (diferenciam os dois personagens). Vejamos

(A) **Teoria subjetiva ou unitária**: não impõe distinção entre autor e partícipe, considerando-se autor todo aquele que de alguma forma contribui para a produção do resultado.

(B) **Teoria extensiva**: igualmente não distingue autor de partícipe, mas permite o estabelecimento de graus diversos de autoria, com a previsão de causas de diminuição conforme a relevância da sua contribuição.

(C) **Teoria objetiva ou dualista**: estabelece clara distinção entre autor e partícipe.

A teoria objetiva pode ser subdividida em **duas**:

(C.1) **Objetivo-formal**: autor é quem realiza a ação nuclear típica e partícipe quem concorre de qualquer forma para o crime.

(C.2) **Objetivo-material**: autor é quem contribui objetivamente de forma mais efetiva para a ocorrência do resultado, não necessariamente praticando a ação nuclear típica. Partícipe, por outro lado, é o concorrente menos relevante para o desdobramento causal, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo.

4. Ob. cit., p 501.

(D) **Teoria do domínio do fato:** elaborada por **Hans Welzel** no final da década de 1930, com nítidos predados finalistas, esta teoria surgiu para diferenciar com clareza o autor do executor do crime, conciliando as teorias objetiva e subjetiva. Para essa concepção, autor é quem controla finalisticamente o fato, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições. Partícipe, por sua vez, será aquele que, embora colabore dolosamente para o alcance do resultado, não exerça domínio sobre a ação.

Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito, citando **Claus Roxin**, explicam:

“Somente poderá ser autor de um delito de domínio (*Tatherrschaftsdelikte*) aquele que se possa afirmar que é *figura central* da conduta criminosa, quem decide se e como será realizada. Assim, o domínio do fato pressupõe um conceito aberto, que não se estrutura em torno a uma imperfeita definição ou fórmula abstrata, mas sim de uma descrição (*Beschreibung*) que se ajusta aos vários casos concretos. Este conceito aberto complementa-se com uma série de princípios orientadores. Autor de um delito é aquele que pode decidir sobre os aspectos essenciais da execução desse delito, o que dirige o processo que desemboca no resultado. Adota-se um critério material que permite explicar mais satisfatoriamente as diversas hipóteses de autoria e participação. Nos delitos de domínio, o tipo descreve a ação proibida da forma mais precisa possível (o domínio do fato sempre se refere ao tipo). Trata-se de um domínio considerado em sentido normativo (com relação à imputação objetiva) e não de uma perspectiva naturalística (como mero domínio de um processo causal)”⁵.

Há três aspectos sob os quais a teoria do domínio final do fato deve ser analisada:

(A) **Domínio da ação:** corresponde ao **autor imediato**, aquele que, por sua vontade, executa o núcleo do tipo.

(B) **Domínio da vontade:** neste caso, o agente se vale de terceira pessoa para a prática do crime. É caso de **autoria mediata**, que se verifica em três situações: 1) **coação moral irresistível:** o coato, oprimido pelo medo, sucumbe ante a violência moral e pratica a conduta criminosa em favor de quem domina sua vontade; 2) **erro determinado por terceiro:** erro não espontâneo que leva o provocado à prática do delito; 3) **domínio da organização:** o comandante de uma organização criminosa emite ordens para o cometimento de infrações penais por subordinados (voltaremos a este tema à frente).

(C) **Domínio funcional:** retrata a situação em que, a partir de uma decisão conjunta de cometer a infração penal, duas ou mais pessoas atuam em colaboração, sendo que cada uma delas tem uma espécie de domínio sobre o todo. É o caso, por exemplo, em que dois indivíduos combinam a prática de um roubo e, enquanto um deles ameaça a vítima

5. Ob. cit., p 538-9.

com a arma de fogo, o segundo subtrai os bens. Nesse caso, ocorre a chamada “imputação recíproca”, em que ambos respondem pelo fato como um todo, não obstante cada um tenha praticado parte da conduta típica.⁶

Note-se, por fim, que a teoria do domínio do fato tem aplicação apenas nos crimes dolosos, única forma em que se admite o controle finalístico sobre o fato criminoso, já que os delitos culposos se caracterizam exatamente pela causação de um resultado involuntário, e, consequentemente, impossível de ser dominado finalisticamente pelo agente. Invocando a lição de **Bitencourt**:

“A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação. Segundo Welzel ‘autor de um delito culposo é todo aquele que mediante uma ação que lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito da relação, produz de modo não doloso um resultado típico’⁷.”

Em resumo:

Teorias Unitárias (não diferenciam autor de partícipe)	Teorias diferenciadoras (diferenciam autor de partícipe)
Teoria subjetiva: autor é todo aquele que de alguma forma contribui para a produção do resultado.	Objetivo-formal: autor é quem realiza a ação nuclear típica e partícipe quem concorre de qualquer forma para o crime.
Teoria extensiva: admite vários tipos de autores, conforme a relevância da sua contribuição.	Objetivo-material: autor é quem contribui objetivamente de forma mais efetiva para a ocorrência do resultado, não necessariamente praticando a ação nuclear típica. Partícipe é o concorrente menos relevante para o desdobramento causal, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo.
—	Teoria do domínio do fato: autor é quem decide a forma de execução, seu início, cessação e demais condições do fato. Partícipe será aquele que, embora colabore dolosamente para o alcance do resultado, não exerça domínio sobre a ação.

☒ Qual a teoria adotada pelo nosso Código Penal na definição de autor do crime?

De acordo com a maioria, o art. 29 do Código Penal é campo fértil para a teoria **objetivo-formal**.

6. GRECO, Luis *et alii*. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 30.

7. Ob. cit., p. 572.

Essa conclusão deriva não apenas do disposto no item 25 da Exposição de Motivos do nosso Estatuto Repressor⁸. Como ressalta MIRABETE, a diferença “*está na natureza das coisas, na espécie diferente de causas do resultado por parte de duas ou mais pessoas, devendo ser assinalada a distinção entre autor, co-autor e partícipe*”⁹.

Exemplo: JOÃO e ANTONIO combinam um furto. Enquanto o primeiro subtrai, o segundo vigia para impedir a aproximação de pessoas que possam frustrar a prática criminosa. JOÃO é autor; ANTONIO, partícipe. Neste caso, a norma de extensão pessoal do art. 29 do Código Penal é imprescindível para garantir a punição de ANTONIO (partícipe). Com efeito, se não houvesse essa norma, o ato de ANTONIO que auxilia o furtador, apenas evitando a frustração da empreitada criminosa, não seria punido por falta de adequação legal.

A doutrina, no entanto, tem adotado cada vez mais a teoria do domínio do fato (seguida pelos Tribunais Superiores).

4.2. Autoria mediata

Define-se o autor mediato como sendo o sujeito que, sem realizar diretamente a conduta descrita no tipo penal, comete o fato típico por ato de outra pessoa, utilizada como seu instrumento.

O conceito de autor mediato se aproxima do conceito de partícipe, mas com ele não se confunde. A conduta do autor mediato não é acessória, mas principal; o autor mediato detém o domínio do fato, reservando ao executor apenas os atos materiais relativos à prática do crime¹⁰.

Autor Mediato	Partícipe
Sua conduta é principal	Sua conduta é acessória
Detém o domínio do fato	Não detém o domínio do fato

O autor mediato se vale, como seu instrumento, de pessoa não culpável (não imputável, sem potencial consciência da ilicitude ou de quem não se exige conduta diversa) ou que atua sem dolo ou culpa.

8. “Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concurso delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monástica do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.”
9. Ob. cit., p. 228.
10. A autoria mediata não exclui a coautoria e a participação. Com efeito, nada impede que dois imputáveis utilizem como instrumento um menor de idade para cometer o crime. Bem assim, é possível que um imputável induza outro a determinar a um menor de idade a prática do delito.

Embora o Código Penal não contenha previsão expressa a respeito do conceito de autoria mediata, traz **cinco** hipóteses em que o instituto é aplicável:

- 1) inimputabilidade penal (art. 62, inc. III);
- 2) coação moral irresistível (art. 22);
- 3) obediência hierárquica (art. 22);
- 4) erro de tipo escusável provocado por terceiro (art. 20, § 2º);
- 5) erro de proibição escusável provocado por terceiro (art. 21, *caput*).

☑ **É possível autoria mediata nos crimes culposos?**

É dominante o entendimento de que a autoria mediata **não** se coaduna com os crimes culposos, pois o resultado, nestes, é involuntário. Logo, não há possibilidade de o agente utilizar outrem como seu instrumento para a prática de um delito cujo resultado sequer assumiu o risco de produzir. **Fernando Galvão**, no entanto, a admite sob os seguintes argumentos:

“O entendimento que sustenta a impossibilidade da autoria mediata em crime culposo não é correto. Não se pode entender a autoria mediata em crime culposo segundo a lógica da autoria mediata em crime doloso. O domínio do fato no crime culposo não se verifica em relação ao resultado materialmente produzido, já que, na conduta descuidada, não se pretende produzir qualquer resultado lesivo. Em relação ao resultado, nunca haverá domínio do fato, quando se tratar de crime culposo. Se o resultado fosse dominado, no contexto de um fato culposo, evidentemente teria sido evitado pelo autor da conduta. No crime culposo, o domínio do fato refere-se apenas a conduta que, não sendo orientada para a produção do resultado ilícito, descuidadamente acaba por produzi-lo.”

Portanto, perfeitamente possível é a autoria mediata em crime culposo. Veja-se o caso em que o pai deixa uma arma de fogo sobre a mesa e uma criança a manuseia, de modo a produzir um disparo que atinge outra criança, causando-lhe a morte. O descuido do pai não foi suficiente para a produção do resultado lesivo. Foi necessário que uma pessoa sem responsabilidade (a criança) realizasse a conduta que produziu o resultado lesivo: efetuasse o disparo que produziu a morte da vítima. Tem-se um homicídio culposo, por autoria mediata. Da mesma forma, se o pai determinar a seu filho que realize manobras arriscadas com motocicleta para impressionar pessoas que assistem o fato, caindo o filho e lesionando-se, deve o pai responder por lesão corporal, em situação de autoria mediata¹¹.

Seguindo essa orientação, suponhamos que “A”, indivíduo em fuga, coaja moralmente “B”, de forma irresistível, a imprimir alta velocidade no veículo por ele conduzido. No trajeto, em virtude da velocidade incompatível, “B” atropela e mata um pedestre. Nesse

11. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 452.

caso, não poderia, evidentemente, responder pela morte por não ter havido, de sua parte, conduta voluntária imprudente. “A”, no entanto, agiu voluntariamente para a conduta de “B”, razão pela qual deve responder pelo homicídio culposo.

☑ **E nos crimes próprios e de mão própria?**

Quanto aos crimes próprios¹², admite-se, desde que o autor mediato reúna as condições pessoais exigidas pelo tipo do autor imediato. Nesse sentido, esclarece **Bitencourt**:

“[as características que estabelecem a punibilidade] devem encontrar-se na pessoa do ‘homem de trás’, no *autor mediato*, e não no executor, *autor imediato*. Com base nesse argumento, Soler e Mir Puig, seguindo a orientação de Welzel, admitem, em princípio, a possibilidade de autoria mediata nos crimes *especiais* ou *próprios*, desde que o autor mediato reúna as qualidades ou condições exigidas pelo tipo”¹³.

Exemplo 1: JOÃO, artista circense, hipnotiza um servidor, fazendo com que este pratique peculato (art. 312 do CP). JOÃO não pode ser autor mediato do crime, pois não reúne as condições do autor imediato exigidas pelo tipo (ser funcionário público).

Já com relação aos crimes de mão própria¹⁴, o entendimento majoritário é no sentido negativo, pois o tipo penal determina diretamente quem deve ser o sujeito ativo.

Exemplo 2: JOÃO, artista circense, hipnotiza a testemunha ANTONIO para que falte com a verdade em juízo. Sabendo que o crime de falso testemunho é de atuação pessoal, só pode ser praticado pela testemunha, sendo inviável a autoria mediata.

Então como proceder, nos dois exemplos, para responsabilizar JOÃO?

Zaffaroni e Pierangeli desenvolveram, para o caso, a figura do *autor por determinação*, evitando impunidade. Se, nos termos do art. 29 do Código Penal, pune-se quem, de qualquer modo, concorre para o crime, não há razão para deixar impune o autor de determinação que, dotada de plena eficácia causal, é levada a efeito por quem atua, por exemplo, sem conduta (*v.g.*, hipnose). O agente não é autor do crime, mas responde pela determinação para o crime por exercer, sobre o fato, domínio equiparado à autoria.

12. Aqueles em que o tipo penal exige certos requisitos por parte do agente. É dizer: são crimes que só podem ser praticados por certas pessoas, dotadas de elemento diferenciador.

13. Ob. cit. p. 573.

14. São crimes de conduta infungível, em que o tipo penal exige condições do agente que tornam impossível a coautoria, somente a participação. Alertamos em outras oportunidades, e aqui repetimos, que, adotada a teoria do domínio do fato, perde sentido a divisão dos crimes em próprios e de mão própria, visto que a execução do núcleo deixa de ser o marco do autor. Sugerimos (e aguardamos as pertinentes críticas da doutrina), que os crimes, agora, sejam divididos em **comum** (não exige qualidade ou condição especial do agente) e **próprio** (exige qualidade ou condição especial do agente). Este (próprio), por sua vez, se divide em **simples** (não sendo de conduta infungível) e **especial** (de conduta infungível, substituindo o delito de mão própria).

Encontra-se esta solução, aliás, nos casos de coação moral irresistível e de obediência hierárquica, em que se pune tão somente o coator ou o autor da ordem.

Para evitar estes exemplos de injustiça, ensinam **Zaffaroni** e **Pierangeli** que o próprio Código Penal, no art. 29, permite a punição não pela prática do crime, mas pela determinação:

“Essas lacunas que se produzem entre a autoria e a participação e que nosso CP soluciona, criando um tipo de determinação para o cometimento do delito, punindo com a pena do delito respectivo, devem-se a que os delitos de mão própria e os *delicta propria* são limitações, de caráter geral, ao princípio do domínio do fato como caracterização da autoria.

(...)

No nosso código penal, não existe impunidade para os casos que colocamos, pois, tratando-se de *delicta propria* ou de delitos de mão própria, excluída a autoria por não apresentar as características do autor, ou por não realizar o sujeito pessoalmente, a conduta, e excluída também, em tais situações, a participação, porque o interposto não pratica injusto (em razão de estar justificada a sua conduta ou ser atípica) ou não realiza conduta, ocorre um verdadeiro tipo especial de autor de determinação, que seguramente está presente na fórmula do art. 29 do CP”¹⁵.

Ainda no âmbito da autoria mediata, destaca-se o conceito da denominada **autoria de escritório**, originada da doutrina alemã, também classificada como autoria mediata especial ou particular.

É o caso do agente que emite a ordem para que outro indivíduo, igualmente culpável, pratique o fato criminoso. Esta espécie de autoria pode ser comumente identificada no âmbito de organizações criminosas, estruturadas hierarquicamente, em que certo indivíduo, exercendo funções de comando, determina o cometimento de crimes por agentes que se encontram em posições subalternas e que podem substituir-se, ou seja, se aquele a quem foi originariamente emitida a ordem não a cumpre, outro membro da organização poderá fazê-lo.

Há, no caso, autoria, e não participação, porque o domínio do fato por parte de quem determina a prática do crime é de tal forma relevante que não basta encarar sua conduta como simples instigação.

Na lição de **Zaffaroni** e **Pierangeli**:

“Aquele que ‘concorre para o crime’ é autor do delito, e o é determinado por este. Trata-se de casos em que a doutrina alemã vem se ocupando há pouco mais de vinte anos, e que são conhecidos por ‘autoria de escritório’.

15. Ob. cit. p. 642.

Esta forma de autoria mediata pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que rompeu com toda a ilegalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma ‘mafiosa’, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização).

(...)

Parece ser bem pouco discutível que, em tal hipótese, têm o domínio do fato tanto o executor ou determinador, como o determinado, conquanto sejam ambos culpáveis, o que daria lugar a uma forma de autoria mediata especial – como já o dissemos –, em que a inserção de ambos no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato”¹⁶.

Para Roxin, essa circunstância dentro de uma organização criminosa faz nascer a chamada **teoria do domínio da organização**. O dirigente de organização criminosa que emite ordens para o cometimento de infrações penais deve ser responsabilizado pelos atos dos subordinados que cumpram tais ordens, ainda que não tome parte diretamente na execução dos crimes. Se, por exemplo, o chefe da organização determina que os componentes do grupo matem policiais, deve ser responsabilizado pelos homicídios juntamente com seus autores materiais. A teoria se aplica apenas no âmbito de organizações constituídas para fins ilícitos, não daquelas que operam lícitamente mas são eventualmente utilizadas para a prática de crimes.

Como bem lembra Andreas Eisele¹⁷, nessas organizações a distribuição das tarefas de decisão e execução de condutas típicas é estruturada de modo hierarquizado, motivo pelo qual o comandante superior somente define objetivos gerais e admite a utilização de meios delitivos para seu alcance, mas a definição dos modos de atuação, a identificação dos casos concretos a atuar e a execução das condutas são distribuídas entre os diversos integrantes da estrutura de poder. Desse modo, a organização passa a ter uma atuação autônoma, independente da identidade de seus integrantes, e o fundamento da atribuição do fato ao comandante da estrutura de poder é o domínio da atuação do organismo decorrente de sua posição de autoridade e de seu poder de direção. Diferentemente do que ocorre nos demais casos de autoria mediata, nestas hipóteses os executores e demais autores intelectuais (que proferem as ordens específicas) são coautores penalmente responsáveis, independentemente de sua atuação ter sido implementada na execução de ordens superiores ou de ter decorrido de decisões próprias tomadas no interesse da organização, de acordo com os objetivos gerais daquela e dentro de seu âmbito de poder decisório.

16. Ob. cit. p. 682-3.

17. Ob. cit. p. 453.

4.3. Autoria colateral

Verifica-se a autoria colateral quando dois ou mais agentes, um ignorando a contribuição do outro, concentram suas condutas para o cometimento da mesma infração penal. Nota-se, no caso, a ausência de vínculo subjetivo entre os agentes, que, se presente, faria incidir as regras do concurso de pessoas.

Exemplo: JOÃO e ANTONIO se colocam de tocaia, no mesmo local, ignorando-se mutuamente, para matar JOSÉ. Quando o alvo passa pelo local, JOÃO e ANTONIO disparam, causando a morte de JOSÉ. Se houvesse vínculo psicológico entre os atiradores, seriam coautores do crime de homicídio (art. 121 do CP). No caso, ausente o vínculo, cada um responde individualmente, sendo que àquele que matou será imputado o homicídio consumado e ao outro será atribuída a tentativa.

O problema surge quando não é possível determinar quem foi o real causador da morte, advindo daí a **autoria incerta**. Utilizando o mesmo exemplo, suponhamos que não seja possível determinar qual dos agentes atocaiados efetivamente causou a morte da vítima.

Quid juris?

De acordo com **Bitencourt**:

“[O Código Penal] ao adotar a *teoria da equivalência das condições* pensou ter resolvido a *vexata quaestio* da chamada *autoria incerta*, quando não houver ajuste entre os concorrentes (Exp. de Motivos n. 22). Foi um equívoco: a solução só ocorre para situações em que houver, pelo menos, a adesão à conduta alheia. A autoria incerta, que pode decorrer da autoria colateral, ficou sem solução. No exemplo supracitado, punir a ambos por homicídio é impossível, porque um deles ficou apenas na tentativa; absolvê-los também é inadmissível, porque ambos participaram de um crime de autoria conhecida. A solução será condená-los por tentativa de homicídio, abstraindo-se o resultado, cuja autoria é desconhecida”¹⁸.

Nesse contexto, há também a **autoria complementar (ou acessória)**, em que ao menos duas pessoas atuam de forma independente, mas o resultado advém da soma das condutas, que, isoladas, seriam incapazes de provocá-lo. Por exemplo, com a intenção de matar, JOÃO deposita 1g de certa substância na bebida de seu inimigo. Com igual intenção, sem saber da outra conduta, ANTONIO deposita idêntica quantidade da substância na bebida da mesma pessoa, que, após a ingestão, morre intoxicada. Na apuração do crime, prova-se que a quantidade de substância depositada por cada um deles, isoladamente, seria incapaz de provocar a morte, mas as duas combinadas foram eficientes para isso. Uma conduta complementou a outra. A solução, nesse caso, é a imputação de homicídio tentado a ambos os indivíduos.

Outra situação interessante, embora de difícil aplicação prática, a respeito da autoria colateral, é a que envolve a perpetração de crime impossível por um dos agentes, sem que seja possível, novamente, determinar quem causou o resultado.

18. Ob. cit. p. 583.

Cleber Masson ilustra a situação com o seguinte exemplo:

“Imagine-se que ‘João’, casado com ‘Maria’, seja amante de ‘Tereza’. Todas as manhãs, juntamente com a esposa, toma café em casa. Em seguida, antes de ingressar no trabalho, passa na residência da amante, que não sabe ser ele casado, para com ela também fazer o desjejum. Em determinado dia, a esposa e a amante descobrem a existência de outra mulher na vida de ‘João’. Revoltadas, compram venenos para matá-lo. Na manhã seguinte, o adúltero bebe uma xícara de café, envenenado, em sua casa. Parte para a residência da amante, e também bebe uma xícara de café com veneno. Morre algumas horas depois. Realiza-se perícia, e o laudo conclui pela existência de duas substâncias no sangue de ‘João’: veneno de rato e talco. ‘Maria’ e ‘Tereza’, orgulhosas, confessam ter colocado veneno no café do falecido traidor”¹⁹.

Neste caso, utilizando o mesmo raciocínio que nos fez concluir pela tentativa no exemplo anterior, soluciona-se o impasse com a isenção de responsabilidade por parte de Maria e de Tereza. Com efeito, embora uma delas seja a autora do homicídio, a outra utilizou meio absolutamente inidôneo para ceifar a vida de João, e, por isso, não tendo havido liame psicológico que pudesse configurar o concurso de pessoas, aplica-se a máxima *in dubio pro reo* em favor de ambas.

4.4. Multidão delinquente

Ocorre o cometimento de crime por multidão delinquente nas hipóteses em que, afastada a associação criminosa ou outra forma de delinquência organizada, o fato ocorre por influência de indivíduos reunidos, que, em clima de tumulto ou manipulação, tornam-se desprovidos de limites éticos e morais. Embora o fato ocorra, normalmente, em situações de excepcional comoção, permanece íntegro o liame subjetivo que, mesmo na multidão, designa o concurso de pessoas.

As situações em que o fato ocorre por ação de multidão criminosa dificulta sobremaneira a individualização da conduta, pois dificilmente é possível estabelecer em pormenores a ação de cada indivíduo.

Efetivamente, se, durante um saque a um supermercado, quarenta indivíduos atuam para promover o arrombamento, e subtraem produtos diversos, dificilmente será possível, em eventual denúncia, particularizar a conduta de cada um, descrevendo, por exemplo, a forma como entrou no local e os produtos que subtraiu.

Por isso, sob pena de obstar a aplicação da lei penal, dispensa-se, nestes casos, a individualização das condutas, bastando que se demonstre a contribuição de cada indivíduo para a causação do resultado.

Nesses casos, a lei penal anuncia uma atenuante de pena, prevista no art. 65, inc. III, e, do Código Penal (salvo para aquele que promoveu ou organizou a cooperação no crime

19. Ob. cit. p. 597.

ou dirigiu a atividade dos demais agentes, indivíduo que merece a agravante do art. 62, inc. I, do Código Penal).

4.5. Coautoria

Verifica-se a coautoria nas hipóteses em que dois ou mais indivíduos, ligados subjetivamente, praticam a conduta (comissiva ou omissiva) que caracteriza o delito. A coautoria, em última instância, é a própria autoria delineada por vários indivíduos.

É **imprescindível** que a atuação de cada indivíduo se dê com a consciência de que contribui para a mesma infração penal, em conjunto com os demais, ainda que não haja acordo prévio, como já estudamos quando tratamos dos requisitos do concurso de pessoas. Se não há o vínculo subjetivo, descaracteriza-se o concurso de pessoas, e emerge a autoria colateral (também já estudada).

A relação entre os agentes na coautoria não é de acessoriedade, pois a função desenvolvida por cada um deles é determinante para a obtenção do resultado. Ainda que nem todos executem o mesmo ato, a coautoria se caracteriza pela imprescindibilidade da contribuição de cada um deles.

A coautoria pode ser parcial ou direta.

(A) Será parcial quando os (co)autores se dedicam a atos de execução diversos que, reunidos, possibilitam o alcance do resultado pretendido. É o caso, por exemplo, do crime de roubo em que um agente ameaça as vítimas enquanto outro as subtrai.

(B) Será direta quando todos os (co)autores do crime executam a mesma conduta, como no caso dos indivíduos que, ao mesmo tempo, ameaçam e despojam as vítimas de seus bens.

☒ É possível coautoria em crime próprio?

A coautoria é compatível com os crimes próprios tanto se todos os autores forem dotados da característica necessária para a incidência da norma específica quanto se apenas um deles o for e esta característica ingresse na esfera de conhecimento dos demais. Assim, o peculato pode ser cometido por dois funcionários públicos conluiados ou por um funcionário público e um particular que tenha conhecimento de que seu comparsa exerce a função pública e pratica o crime se valendo da facilidade que o cargo lhe proporciona.

☒ E nos crimes de mão própria?

Já os crimes de mão própria, em regra, não comportam a coautoria, pois somente podem ser cometidos por determinado agente designado no tipo penal²⁰. Exige-se a atua-

20. Repetimos aqui um alerta feito nos tópicos pretéritos. Adotada a teoria do domínio do fato, perde sentido a divisão dos crimes próprios e de mão própria, visto que a execução do núcleo deixa de ser o marco do autor. Sugerimos (e aguardamos as pertinentes críticas da doutrina), que os crimes, agora, sejam divididos em **comum** (não exige qualidade ou condição especial do agente) e **próprio** (exige qualidade ou condição especial do agente). Este (próprio), por sua vez, se divide em **simples** (não sendo de conduta infungível) e **especial** (de conduta infungível, substituindo o delito de mão própria).

ção pessoal do sujeito ativo, que não pode ser substituído por mais ninguém. Aponta a doutrina apenas uma exceção, consistente na falsa perícia firmada dolosamente por dois ou mais expertos conluiados.

Ainda sobre o tema, fala-se na **coautoria sucessiva**, que ocorre quando a conduta foi iniciada em autoria exclusiva e a consumação se dá com a colaboração de outro indivíduo, sem que tenha havido prévia combinação. Não se confunde com a **autoria sucessiva**, em que alguém ofende determinado bem jurídico já afetado por uma conduta precedente, como no caso de quem propala ou divulga uma calúnia (art. 138, § 1º, do CP). Neste caso, não há concurso de pessoas, ante a inexistência de identidade de infração penal, tendo em vista que a anterior está consumada.

Finalmente, existe a figura do executor de reserva, que garante presença durante a execução e permanece à disposição para intervir caso seja necessário. Conservando-se à disposição, será considerado partícipe, mas, detectando-se sua intervenção, será coautor.

4.6. Participação (*Animus socii*)

Já adiantamos que o Código Penal não distingue expressamente a autoria da participação, cabendo primordialmente à doutrina apontar a dissonância entre ambos os institutos (ou personagens).

Além disso, as próprias consequências advindas das condutas praticadas pelo coautor e pelo partícipe indicam claramente a diferença existente entre aquele que executa diretamente a ação delituosa e aquele que pratica atos paralelos, que, no mais das vezes não menos importantes, auxiliam para o sucesso da empreitada.

A participação, adotada a teoria formal-objetiva quanto à autoria, consiste na realização de atos que de alguma forma concorram para o crime, sem que o agente ingresse na ação nuclear típica. No dizer de **Mirabete**:

“O partícipe não comete a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas pratica uma atividade que contribui para a realização do delito. Trata-se de uma hipótese de enquadramento de *subordinação ampliada ou por extensão*, prevista na lei, que torna relevante qualquer modo de concurso, que transforma em típica uma conduta *de per se* atípica”²¹.

Aponta a doutrina que a participação pode ocorrer por via moral ou material.

A participação moral se dá por instigação ou por induzimento.

A instigação ocorre quando o partícipe reforça ideia já existente na mente do autor, estimulando-o à prática delituosa, sem nela tomar parte. Exemplo: JOÃO descreve a ANTONIO seu desejo de cometer um roubo. Este, diante da narrativa, reforça a ideia, sugerindo inclusive formas de ação.

21. Ob. cit. p. 231.

Já por meio do induzimento, o partícipe faz nascer no agente o propósito, até então inexistente, de cometer o crime. Exemplo: JOÃO, sabendo que ANTONIO passa por dificuldades financeiras, o induz a praticar um furto, para que possam repartir o proveito.

O induzimento ocorre na fase de cogitação, ao passo que a instigação pode ocorrer na cogitação, nos atos preparatórios e até durante a execução, como na situação em que o partícipe estimula o autor do crime a não desistir voluntariamente da empreitada. Ambos devem se referir a fato determinado e direcionados a pessoa certa, sob pena de configurar incitação ao crime (art. 286 do Código Penal).

A participação material, por sua vez, ocorre por meio do auxílio ao autor do crime (presente a figura do cúmplice). O partícipe facilita a execução do delito, prestando adequada assistência ao autor principal, sem, contudo, tomar parte na execução da ação nuclear típica. É o caso, por exemplo, de alguém que fornece a arma para que o autor cometa um roubo.

O auxílio pode ser prestado durante os atos preparatórios ou executórios, mas, se consumado o delito, somente se considera eventual assistência se previamente acordada entre os agentes. Dessa forma, se JOÃO comete um crime de roubo, e ANTONIO recebe o produto da subtração para assegurar o proveito obtido pelo assaltante, somente será partícipe do roubo se o recebimento houver sido combinado antes da prática criminosa, pois, do contrário, será autor de favorecimento real (art. 349 do CP).

A participação é conduta acessória, que depende, para ter relevância, da conduta principal. Como o partícipe não pratica a ação nuclear típica, sua ação só será punível, em regra, se o autor iniciar os atos executórios do fato a que havia se proposto. Assim, se JOÃO induzir ANTONIO à prática de um roubo, propondo a divisão do proveito do crime, mas a subtração não chega a ser cometida, o induzimento será atípico.

A punição da conduta acessória, dependente da principal, é objeto de divergência resumida em **quatro** teorias:

(A) Acessoriedade mínima: é suficiente a prática, pelo autor, de fato típico para que a participação seja punível. Esta teoria deve ser afastada, pois não se concebe a punição do partícipe se o autor agiu, por exemplo, amparado por legítima defesa, e, em última análise, não praticou infração penal.

(B) Acessoriedade limitada (ou média): a punição do partícipe pressupõe apenas a prática de fato típico e ilícito, afastando-se a necessidade de que o agente seja culpável. Esta é a teoria mais aceita pela doutrina brasileira, embora haja apontamentos no sentido de que a sua aplicação é incompatível com a autoria mediata. Explica **Flávio Monteiro de Barros**:

“Realmente, são incompatíveis. Na autoria mediata, a execução do crime é feita por pessoa que atua sem culpabilidade. Aquele que induziu, instigou ou auxiliou não é partícipe, e, sim, autor mediato. A teoria da acessoriedade limitada só tem cabimento entre os que repudiam a autoria mediata, considerando-a uma modalidade de participação”²².

22. Ob. cit. p. 416.

Cezar Roberto Bitencourt levanta interessante questão que envolve a teoria da acessoriedade limitada:

“Pode ocorrer o que os autores têm denominado ‘provocação de uma situação de legítima defesa’, em que o instigador *induz* um terceiro a agredir a outrem, que sabe estar armado. Este reage em *legítima defesa* e mata o *agressor induzido*, que o instigador queria eliminar. Pela *teoria da acessoriedade limitada* o instigador não pode ser punido como partícipe, em razão de o fato principal estar *justificado* para o executor. A solução, no entanto, recomendada pelos alemães é a punição do instigador como *autor mediato* da ação justificada do autor direto. Isso ocorreria porque o *instigador* teria o *domínio final do fato*, apenas se utilizando dos participantes diretos do conflito, como instrumentos de realização da sua vontade criminoso”²³.

(C) **Acessoriedade máxima:** para a punição do partícipe, deve o fato ser típico, ilícito e cometido por agente culpável.

(D) **Hiperacessoriedade:** a punição do partícipe pressupõe a prática de fato típico, ilícito, por agente culpável, que seja efetivamente punido. Esta teoria também deve ser afastada, pois contém exigência desarrazoada, permitindo a impunidade do partícipe mesmo nos casos em que o autor praticou o crime e se verificou o vínculo subjetivo entre ambos os sujeitos.

4.6.1. Participação em cadeia e participação sucessiva

São possíveis, no âmbito da conduta acessória, a participação em cadeia e a participação sucessiva.

A participação em cadeia ocorre quando alguém induz ou instiga outrem a induzir, instigar ou auxiliar terceira pessoa a praticar um crime.

Exemplo: JOÃO induz ANTONIO a induzir JOSÉ para que este preste auxílio a AUGUSTO na prática de um roubo.

Já a participação sucessiva ocorre quando o mesmo agente é instigado, induzido ou auxiliado por duas ou mais pessoas, sem que estas tomem conhecimento umas das outras, a praticar uma infração penal.

Exemplo: JOÃO induz ANTONIO a praticar um estelionato e este, em contato com JOSÉ, é por ele auxiliado.

Em resumo, temos o seguinte:

Autoria sucessiva	Coautoría sucessiva	Participação sucessiva
Alguém ofende determinado bem jurídico já afetado por uma conduta precedente. Não se trata de concurso de pessoas.	A conduta se inicia em autoria exclusiva, mas a consumação se dá com a colaboração de outro indivíduo, sem prévia combinação.	O mesmo agente é instigado, induzido ou auxiliado por duas ou mais pessoas, que não têm conhecimento umas das outras.

23. Ob. cit. p. 579.

4.6.2. Participação negativa

Ainda quanto à participação, temos a chamada participação negativa (ou conivência), situação em que o agente **não** tem qualquer vínculo com a conduta criminosa (não induziu, instigou ou auxiliou o autor), nem tampouco a obrigação de impedir o resultado. Não há, na realidade, participação, pois a simples contemplação de um crime por alguém que não adota medidas para evitá-lo, e nem era obrigado a fazê-lo, não caracteriza o concurso de pessoas, que exige, dentre outros requisitos, conduta que apresente relevância causal para o alcance do resultado.

5. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES CULPOSOS

A doutrina nacional admite a coautoria nos crimes culposos, desde que dois ou mais indivíduos, agindo vinculados subjetivamente, atuem de forma negligente, imprudente ou imperita. No caso, o liame subjetivo não envolve, obviamente, o resultado, não querido, mas a própria conduta. A inobservância do dever de cuidado é o substrato da coautoria, rechaçando-se a participação, isto é, qualquer ato de que possa derivar o resultado involuntário é considerado ato de autor.

Rogério Greco, lembrando as lições de Magalhães Noronha, explica (e exemplifica) o tema:

“Os princípios mostram ser possível a cooperação no crime culposos. Com efeito, neste a ação causal é voluntária e o evento previsível. Ora, se se admite isso para um agente, por que não se admitir para outro? Suponha-se o caso de dois pedreiros que, numa construção, tomam uma trave e a atiram à rua, alcançando um transeunte. Não há falar em autor *principal* e *secundário*, em realização e instigação, em ação e auxílio etc. Oficiais do mesmo ofício, incumbia-lhes aquela tarefa, só realizável pela conjugação das suas forças. Donde a ação única – apanhar e lançar o madeiro – e o resultado – lesões ou morte da vítima, também uno, foram praticados por duas pessoas, que uniram seus esforços e vontades, resultando, assim, coautoria. Para ambos houve vontade atuante e ausência de previsão”²⁴.

6. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES OMISSIVOS

Temos que analisar o assunto alertando que o crime omissivo se biparte em próprio e impróprio. Relembrando:

Omissão Própria	Omissão Imprópria
O agente tem dever genérico de agir (porque é um dever que atinge a todos indistintamente, em razão do dever de solidariedade).	O agente tem o dever jurídico especial/específico de agir para evitar o resultado.
A omissão está descrita no tipo penal mandamental .	A omissão está descrita em cláusula geral (prevista no art. 13, §2º do CP) e não no tipo penal.

24. Ob. cit. p. 466.

Omissão Própria	Omissão Imprópria
Não há personagens próprios.	Pressupondo dever específico, atinge o garantidor, definido no art. 13, § 2º, do CP
O agente responde por crime omissivo .	O agente responde por crime comissivo (praticado por omissão).
Ocorre uma subsunção direta entre o fato (omissão) e a norma (tipo que descreve uma omissão).	Ocorre uma subsunção indireta entre fato (omissão) e norma (tipo que descreve uma ação). Para haver a subsunção indireta é sempre necessária a aplicação combinada do art. 13, §2º do CP com o tipo penal referente ao resultado ocorrido (morte, no homicídio).

✓ É possível coautoria em crime omissivo próprio?

A coautoria em crimes omissivos próprios é objeto de divergência. Para **Mirabete**, se dois agentes, diante de situação em que alguém se encontra em perigo, decidem não prestar socorro, embora pudessem fazê-lo sem risco pessoal, respondem individualmente pela omissão, sem que se caracterize o concurso de pessoas²⁵.

Cezar Roberto Bitencourt discorda, argumentando que:

“Esse vínculo subjetivo, caracterizador da *unidade delitual*, tem o mesmo efeito tanto na ação ativa quanto na passiva. Assim como o *comando* é comum nos crimes omissivos, a *proibição* da conduta criminosa é igualmente comum nos crimes comissivos, o que, nem por isso, impede a coautoria. Do afirmado fica claro que entendemos ser perfeitamente possível a *coautoria* em crime omissivo próprio. Se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de *omissão de socorro*. Agora, se essas duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão *coautoras* do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve *consciência e vontade* de realizar um empreendimento comum, ou melhor, no caso, de não realizá-lo conjuntamente”²⁶.

E a participação?

Quanto à participação, admite-se. Dá-se por meio de atuação positiva que permite ao autor descumprir a norma que delinea o crime omissivo. É o caso do agente que induz o médico a não efetuar a notificação compulsória da doença de que é portador²⁷.

25. Ob. cit. p. 233.

26. Ob. cit. p. 581-582.

27. Não se confunde com **participação por omissão em crime comissivo**, caso em que o partícipe, obrigado a agir, abstém-se da prática de um ato, permitindo a ação delituosa pelo autor. Trata-se, por exemplo, da hipótese em que o vigilante não tranca a porta de entrada do estabelecimento para que um comparsa alcance seu interior e subtraia os bens que guarnecem o local.

E nos crimes omissivos impróprios? Cabe coautoria?

Apesar de haver corrente em sentido contrário, nos parece perfeitamente possível a coautoria em crimes omissivos impróprios, desde que os vários garantes, com dever jurídico de evitar aquele determinado resultado, de comum acordo, deixem de agir.

☑ Cabe participação em crime omissivo impróprio?

A doutrina majoritária ensina ser possível participação em crime omissivo impróprio.

Exemplo: JOÃO instiga ANTONIO a não alimentar o filho. ANTONIO se omite, como instigado. ANTONIO comete o crime de homicídio por omissão, já que tinha o dever jurídico de evitar o resultado (garante). JOÃO será partícipe.

Conclui **Bitencourt**:

“Este [o garante] é *autor* do crime ocorrido, do qual tinha o domínio do fato e o dever jurídico de impedir sua ocorrência; aquele, o *instigador*, que não estava obrigado ao comando legal e não dispunha do *domínio* da ação final, contribuiu decisivamente para a sua concretização. Não pode ficar impune, mas tampouco cometeu ilícito autônomo. A *tipicidade* de sua conduta só pode ser encontrada através da *norma integradora*, na condição de *partícipe*”²⁸.

7. PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS

Abstratamente, o autor e o partícipe incorrem na mesma pena, pois, em virtude do disposto no art. 29 do Código Penal, todos os que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas.

A aplicação concreta da pena, todavia, variará tanto sobre os coautores quanto sobre os partícipes em virtude da culpabilidade demonstrada por cada integrante da empreitada criminosa, conforme determina a parte final do art. 29 do Código Penal. Se, por exemplo, durante um roubo, praticado em concurso, JOÃO utiliza grave ameaça e ANTONIO emprega violência, este último poderá ter a pena maior do que seu comparsa, não obstante sejam coautores do delito, pois o grau de culpabilidade exibido por cada um deles é diverso.

Além dessas observações, há dois outros temas relativos à punibilidade no concurso de pessoas, estabelecidos no art. 29, que não podem ser esquecidos: a participação de menor importância (§ 1º) e a cooperação dolosamente distinta (§ 2º).

8. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA

Anuncia o § 1º do art. 29 do Código Penal: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

28. Ob. cit. p. 582.

A participação de que trata o dispositivo é aquela de pouca relevância causal, aferida exclusivamente no caso concreto, com base no critério da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*). Trata-se de conduta que contribui para a produção do resultado, mas de forma menos enfática, razão pela qual deve ser encarada com menor rigor. Trata-se da participação de somenos, que não se confunde com a menos importante, que, não obstante seja assim classificada, se subsume ao caput do art. 29 por ostentar relevância um pouco maior²⁹.

Note-se que a participação de menor importância se aplica exclusivamente ao titular da conduta acessória, jamais ao autor ou coautores, executores da ação nuclear típica, ainda que lacônica a sua contribuição.

A parte final do § 1º do art. 29 dispõe que “a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”, surgindo daí o questionamento sobre a obrigatoriedade ou a facultatividade da diminuição caso o juiz observe a diminuta importância da participação.

Para **Mirabete** a redução da pena é facultativa:

“Podendo o juiz deixar de aplicá-la, mesmo convencido da apoucada importância da contribuição causal para o delito. Assim, poderá ocorrer em relação ao sujeito que, embora emprestando um modesto e desnecessário auxílio, revele uma vontade dirigida ao delito em intensidade semelhante à dos demais sujeitos, circunstância que pode autorizar um juízo de equiparação no plano da culpabilidade”³⁰.

Com o devido respeito, discordamos. A participação de menor importância, como vimos, é a de reduzida eficácia causal, isto é, aquela que, no plano concreto, embora contribua para o alcance do resultado, não o determina. Tratando-se de critério objetivo, a ser aplicado à luz do caso concreto, não nos parece correto invocar aspectos subjetivos, que a lei não exige, para impedir a redução da pena se a contribuição do partícipe efetivamente não revela, diante da equivalência dos antecedentes, maior relevância para o sucesso da empresa criminosa.

O raciocínio é equivalente àquele que justifica a adoção da teoria objetiva em relação à tentativa, isto é, não importa a intensidade do dolo revelada pelo agente, mas apenas os atos que efetivamente foram praticados. Da mesma forma, importa, para caracterizar a participação de menor importância, apenas a relevância concreta dos atos praticados pelo partícipe.

Na lição de **Bitencourt**:

“A faculdade resume-se ao grau de redução entre um sexto e um terço da pena. Reconhecida a participação de menor importância, a

29. A respeito, destacamos o seguinte julgado do STJ: “A participação de somenos (§ 1º do art. 29 do C.P.) não se confunde com a mera participação menos importante (caput do art. 29 do C.P.). Não se trata, no § 1º, de “menos importante”, decorrente de simples comparação, mas, isto sim, de “menor importância” ou, como dizem, “apoucada relevância”. (Precedente do STJ)” (HC 20.819/MS, DJ 03/06/2002).

30. Ob. cit. p. 237-8.

redução se impõe. Será, porém, *facultado* ao juiz reduzi-la em maior ou menor grau, se constatar maior ou menor *intensidade volitiva* do partícipe, se constatar maior ou menor culpabilidade deste. Poderá efetuar a redução no sentido inverso da intensidade da culpabilidade: maior censurabilidade, menor redução, menor censurabilidade, maior redução”³¹.

A participação de menor importância não se confunde com a participação inócua ou desnecessária, que é aquela destituída de qualquer relevância, em nada contribuindo para o alcance do resultado, e que, portanto, não é punível.

9. PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

Na cooperação dolosamente distinta percebe-se o desvio subjetivo de condutas entre os agentes, em que um dos concorrentes do crime pretendia integrar ação criminosa menos grave do que aquela efetivamente praticada. Neste caso, ser-lhe-á aplicada a pena do crime que pretendia cometer, aumentada até metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave (art. 29, §2º).

Tendo o Código Penal utilizado o termo “*concorrentes*”, aplica-se a disposição tanto aos coautores quanto aos partícipes.

Exemplo 1: JOÃO determina a ANTONIO que mantenha MARIA em cárcere privado, mas ANTONIO, excedendo o mandato, decide exigir o pagamento de resgate por parte da família de MARIA;

Exemplo 2: JOÃO e ANTONIO iniciam, em concurso, um roubo na residência de MARIA, mas, durante a execução, ANTONIO decide estuprar MARIA, à revelia de seu comparsa, que se encontrava em outro cômodo da casa.

Em ambos os casos, o primeiro de participação e o segundo de coautoria, houve desvio subjetivo, pois um dos agentes não pretendia cometer os crimes de extorsão mediante sequestro e de estupro.

A aplicação da pena relativa ao crime menos grave de que o agente quis participar tem como finalidade impedir a responsabilidade objetiva no concurso de pessoas, pois, se o crime mais grave não integrou a esfera volitiva do agente, não é possível lhe atribuir o resultado daí advindo. Na realidade, em virtude da ausência de liame subjetivo, sequer se pode considerar perfeito o concurso de pessoas, existente apenas sobre o delito menos grave.

O dispositivo anuncia que a previsibilidade do resultado mais grave continua merecendo a pena do crime menos grave, mas aumentada até a metade, já que a conduta é mais reprovável. É evidente que a disposição legal se caracteriza pela justiça na atribuição da responsabilidade penal, mas, conforme aponta **Bitencourt**, lembrando Damásio, existem inadequações:

“Os chamados crimes *preterdolosos*, aqueles em que se costuma afirmar que há *dolo no antecedente e culpa no consequente*, como é

31. Ob. cit. p. 585.

o caso da lesão corporal seguida de morte, apresentam uma verdadeira *vexata quaestio*. Pela disposição da Parte Especial, o *autor* que, querendo produzir lesões corporais, acaba causando a morte, mesmo não a desejando, responde pelo delito de lesões corporais seguidas de morte. O *partícipe* [utiliza o autor o exemplo em que “A” determina a “B” que dê uma surra em “C”], nas mesmas circunstâncias, segundo a norma em exame, responderá pelos delitos de lesões corporais. Se o crime mais grave for previsível, sua pena será aumentada até a metade. Um verdadeiro contrassenso: o *autor* ou *coautor* receberia uma pena mínima de quatro anos, e o *partícipe*, três meses de detenção, que poderá ser elevada até quatro e meio”³².

Conforme aponta o mesmo autor, é possível a solução desta questão utilizando a diferenciação, que a doutrina promovia, entre o excesso nos meios e o excesso no fim. Verifica-se o excesso nos meios quando os agentes combinam determinados meios para a prática do crime e o executor utiliza outros, que não ingressam na esfera de conhecimento do *partícipe*, excluindo, pois, sua responsabilidade pelo resultado mais grave.

10. COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS, CONDIÇÕES E ELEMENTARES

Dispõe o art. 30 do CP: “*Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*”.³³

De início, impõe-se a distinção entre circunstâncias, condições e elementares.

Circunstâncias são elementos que se alojam no entorno do fato, isto é, não integram a figura típica primária, mas agregam dados que podem significar o aumento ou a diminuição da pena. São **objetivas** quando dizem respeito ao fato, como o rompimento de obstáculo no furto, e **subjetivas** quando se referem ao agente ou aos motivos do crime, como o motivo torpe no homicídio ou a qualidade de funcionário que sirva apenas para aumentar a pena (art. 297, § 1º).

Já as **condições** são elementos inerentes ao indivíduo, considerados em sua relação com os demais, e existentes independentemente da prática do crime, como a idade menor de vinte e um anos, a reincidência e as relações de parentesco.

As **elementares**, por sua vez, representam a própria figura criminosa em suas características constituintes, fundamentais. Assim como as circunstâncias, podem ter caráter **objetivo** (como a posse ou a detenção na apropriação indébita) ou **subjetivo** (como o exercício da função pública no crime de corrupção passiva).

32. Ob. cit. p. 586.

33. É a mesma solução adotada no art. 53, § 1º, do Código Penal Militar: “A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

O critério para identificar se determinado aspecto relativo ao crime é elementar ou circunstância é o da exclusão. Se excluída uma elementar, o fato se torna atípico ou passa a se amoldar a outro tipo penal.

Exemplos: se no furto a subtração recai sobre coisa própria, desaparece a elementar “coisa alheia”, tornando-se atípico; se a subtração de um bem pertencente à Administração Pública for praticada por funcionário público, sem que este se valha de seu cargo, desaparece a elementar “valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”, mas o fato se subsume ao art. 155 do Código Penal, que tipifica o furto.

Se, por outro lado, excluída uma circunstância, o tipo permanece íntegro, apenas com alteração da pena.

Exemplo: no crime de falsificação de selo ou sinal público, o fato de o agente ser funcionário público constitui majorante, mas, se esta qualidade não se faz presente, a conduta se subsumirá ao mesmo tipo básico, permanecendo típica.

Traçadas estas características, cumpre-nos a análise do art. 30 do Código Penal.

Extraem-se do dispositivo **três** possibilidades:

(A) as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, respeitantes exclusivamente ao agente que as ostenta, não se comunicam, ainda que integrem o conhecimento dos demais. Apenas o agente reincidente (condição pessoal) será alcançado pela agravante, mesmo que seus comparsas tenham ciência de sua vida pregressa.

(B) as circunstâncias e condições de caráter objetivo sempre se comunicam, desde que os demais agentes tenham conhecimento a seu respeito.

Exemplo: JOÃO, ANTONIO e JOSÉ combinam a prática de um roubo, sendo que JOÃO o faz ostentando arma de fogo, com a concordância dos demais. Neste caso, todos responderão por roubo majorado pelo emprego da arma, mesmo que apenas um deles a tenha utilizado.

(C) as elementares sempre se comunicam, tenham caráter objetivo ou subjetivo, com o pressuposto de que ingressem na esfera de conhecimento dos demais agentes.

Exemplo: se um funcionário público, valendo-se das facilidades que lhe proporciona o cargo, se reúne com mais três indivíduos, estranhos à Administração, mas cientes de sua qualidade, para subtrair bens de uma repartição pública, todos respondem por peculato, pois a qualidade de funcionário é elementar, e, se do conhecimento de todos, comunica-se para alcançá-los.

11. PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL

De acordo com o disposto no art. 31 do Código Penal, não se pune, salvo disposição em contrário, o ajuste (acordo promovido entre duas ou mais pessoas), a determinação (ordem emanada de pessoa determinada), a instigação (reforço da ideia já existente na mente do autor) e o auxílio (assistência material), se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Vimos que a participação, como forma de concurso de pessoas, deve ser dotada de eficiência causal, isto é, embora não determine o alcance do resultado, tem como pressuposto, lastreada que é na equivalência dos antecedentes, a efetiva contribuição para o desenlace do fato criminoso. A conduta do partícipe, ademais, é acessória, dependente da ação do autor para que adquira a relevância necessária.

Não fosse bastante, sabe-se que, em regra, não se pune o crime se não houve, ao menos, a tentativa, a não ser quando a própria lei prevê a punição de atos que normalmente seriam considerados preparatórios, como ocorre no crime de associação criminosa (anterior quadrilha ou bando).

É em decorrência disso que o art. 31 do Código Penal dispõe que não se pune o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio se o crime não vier a ser executado, pois, neste caso, a conduta acessória não teve nenhuma relevância para o desdobramento causal, que sequer se verificou.

Exemplo: JOÃO, vigilante de determinado estabelecimento comercial, ajusta com ANTONIO e JOSÉ um furto no local, comprometendo-se a não acionar o alarme de segurança. Se ANTONIO e JOSÉ limitarem-se a planejar a ação, sem ao menos tentá-la, o ajuste promovido por JOÃO não será punido.

O art. 31 do Código Penal, todavia, afasta esta regra nas hipóteses em que houver “disposição expressa em contrário”, que é o caso da associação criminosa (art. 288 do CP) e da incitação ao crime, em que o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio podem configurar crimes autônomos. Com efeito, abstraída a exceção estabelecida pelo dispositivo, não seria admitida a punição de indivíduos que se associassem para o fim de cometer crimes, a não ser que estes efetivamente viessem a ocorrer, pois o ajuste, no caso, seria impunível. Da mesma forma, o sujeito que incitasse (forma de instigar), publicamente, a prática de crime, não poderia ser responsabilizado a menos que alguém cometesse o delito objeto da incitação.

Parte 3

TEORIA GERAL DA PENA

Capítulo I

CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PENA

Sumário • 1. Introdução; 2. Finalidades (ou funções) da pena; 2.1. Finalidade da pena no Brasil; 3. Justiça Restaurativa, Justiça Reparatória e Justiça Negociada; 4. Princípios informadores da pena; 5. Penas proibidas no Brasil; 6. Penas permitidas no Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Pena é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade.

É sabido (e comprovado) que a convivência harmônica dos integrantes de uma sociedade depende do poder punitivo estatal. Trata-se, portanto, de uma forma de controle social irrenunciável.

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina anunciam os fundamentos ou justificação da pena:

“1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficácia diante das infrações.

2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade. Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superadas.

3. No que se relaciona com o aspecto ético-individual, a pena se justifica porque permite ao próprio delinquente, como um ser ‘moral’, liberar-se (eventualmente) de algum sentimento de culpa.”¹.

1. Ob. cit., vol. 2, p. 459.

2. FINALIDADES (OU FUNÇÕES) DA PENA

Para a Escola Clássica (Francesco **Carrara**), a pena surge como forma de prevenção de novos crimes, defesa da sociedade: “*punitur ne peccetur*”. É necessidade ética, reequilíbrio do sistema: *punitur quia peccatum est*.

Já para os seguidores da Escola Positiva (**Cesare Lombroso**), a pena funda-se na defesa social; objetiva a prevenção de crimes; deve ser indeterminada, adequando-se ao criminoso para corrigi-lo. **Rafael Garofalo**, por exemplo, vê a pena como forma de eliminar o criminoso grave, defendendo até a pena de morte.

A Terza Scuola Italiana (**Emanuele Carnevale**), por sua vez, ampara-se em conceitos clássicos e positivistas.

Na Escola Penal Humanista (**Vicenzo Lanza**), a pena é forma de educar o culpado. Pena é educação.

Para a Escola Técnico-jurídica (**Vincenzo Manzini**), a pena surge como meio de defesa contra a perigosidade do agente; tem por objetivo castigar o delinquente.

De acordo com os adeptos da Escola Moderna Alemã (**Franz Von Lizst**), cuida-se de instrumento de ordem e segurança social; função preventiva geral negativa (coaço psicológica).

A Escola Correcionalista (**Karl David August Röeder**) entendia a pena como correção da vontade do criminoso e não a retribuição a um mal, motivo pelo qual pode ser indeterminada.

Para os seguidores da Escola da Nova Defesa Social (**Filippo Gramatica**), a pena é uma reação da sociedade com objetivo de proteção do cidadão.

Em suma, desde a Idade Média a finalidade da pena é objeto de intenso debate.

Para os **absolutistas**, a imposição da pena é uma decorrência lógica da delinquência, visando apenas a retribuir o mal causado.

Já para os **utilitaristas**, a pena atua como um instrumento de prevenção, um meio para alcançar determinadas finalidades. De acordo com a **prevenção geral negativa**, a pena deve coagir psicologicamente a coletividade, intimidando-a. Na perspectiva da **prevenção geral positiva**, o objetivo da pena é demonstrar a vigência da lei (existência, validade e eficácia). A intenção, aqui, não é intimidar, mas estimular a confiança da coletividade na higidez e poder do Estado de execução do ordenamento jurídico. Já na ótica da prevenção especial, a pena é direcionada à pessoa do condenado. Sob o enfoque da **prevenção especial negativa**, a pena deve servir para inibir a reincidência, não se confundindo com a **prevenção especial positiva**, onde a preocupação é a ressocialização do delinquente. Somente a recuperação do condenado faz da pena um instituto legítimo. Ademais, a própria sociedade se beneficia desta espécie de prevenção, já que, ao retornar para o convívio, o indivíduo estará mais bem preparado para respeitar as regras impostas pelo Direito.

Por fim, temos os **eccléticos**, responsáveis pela reunião das teorias absolutas e preventivas. Entendem que não é possível dissociar uma e outra finalidade da pena, porque a imposição da sanção penal é sempre um castigo e um meio para prevenir (prevenção geral e especial).

2.1. Finalidade da pena no Brasil

O Código Penal não se pronunciou sobre qual teoria adotou, mas modernamente entende-se que a pena tem **tríplice finalidade** (polifuncional):

- (A) retributiva;
- (B) preventiva;
- (C) reeducativa, cada uma dessas identificada em um momento próprio, específico.

Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (**pena em abstrato**), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva²⁻³), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa).

2. Há quem sustente que a prevenção geral positiva seja a primordial função da pena: “A pena, no que se expôs até agora e, ao contrário daqueles que defendem uma função intimidatória, não se dirige principalmente a coagir os potenciais autores de futuras infrações, mas tem por destinatários todos os integrantes da sociedade, como potenciais vítimas delas, para que se assegure a todos sobre a vigência da norma infringida. Assim, apesar da infração realizada, serve para demonstrar que a sociedade se mantém firme na vigência de suas normas essenciais e se nega a conceber-se a si mesma de outra maneira. Num pensamento similar, Carrara já defendia esta ideia quando afirmava que a pena não se dirigia propriamente ao delinquente, tampouco a que se fizesse Justiça. Para Carrara o fim da pena não está dirigido à realização da Justiça, vingança, ressarcimento do dano, expiação do delito ou a própria correção do infrator, pois todas estas coisas podem ser consequências acessórias da pena e também podem ser até desejadas, mas a pena seria também incriticável ainda que faltassem todos esses resultados. É que o fim primário da pena seria o “restabelecimento da ordem externa da sociedade”.

Todas essas considerações são corretas na medida em que se verifique que o dano causado com a realização do delito, de fato, não pode ser reparado. O mais clássico exemplo é o caso do homicídio, não há qualquer reparação que se faça com a aplicação da pena neste tipo de crime. Portanto, o que se deve reforçar é que matar é incorreto, e quem assim agiu marcou sua pauta (comportamento) em desconformidade com a norma. Não é a sociedade que deve reorganizar-se, mas o autor que agiu de forma incorreta. Mas isso não significa que a pena deve atuar sobre o culpado, ao contrário, a pena está destinada a atuar mais sobre os outros do que sobre aquele, no sentido de tranquilizá-los tanto a respeito do próprio delinquente como a respeito de seus temidos imitadores” (CALLEGARI, André Luís. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *A função da pena numa dogmática jurídico-penal normativista*. RT. vol. 4. p. 131/137. Out / 2010).

3. À luz do funcionalismo penal, a prevenção geral positiva pode ser encarada de duas maneiras, a depender da vertente funcionalista em que se baseie a análise. Para o funcionalismo teleológico, que, vimos na teoria da conduta, tem como expoente Claus Roxin e estabelece como função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral positiva tem função relativa – ou seja, não isolada – consistente na reafirmação da confiança, pela sociedade, na eficácia do ordenamento jurídico. Já para o funcionalismo sistêmico, ligado a Günther Jakobs, que vê no Direito Penal a missão de assegurar a vigência do sistema, a prevenção geral positiva tem função absoluta – ou seja, única – consistente apenas na garantia de validade da norma, que teria sua eficácia abalada se, diante da violação, não houvesse resposta. Enquanto o primeiro conceito, seguindo a linha teórica do funcionalismo teleológico, enxerga na prevenção geral positiva uma forma de reforçar a confiança no sistema legal de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais, o segundo, com a carga teórica do funcionalismo sistêmico, veicula a finalidade de estabilizar a ordem normativa por meio da confiança no direito.

Praticado o crime, no momento da sentença (**aplicação da pena**), o Magistrado deve observar outras duas finalidades: a retributiva e a preventiva especial.

Como bem alerta **Paulo Queiroz**, nesta fase [sentença] não se tem a pretensão de fazer da decisão um exemplo para outros possíveis infratores, em nome da prevenção geral de futuros delitos (positiva ou negativa), sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Recorrer à prevenção geral na fase de individualização da pena seria tomar o sentenciado como puro instrumento a serviço de outros⁴.

Por fim, na etapa da **execução penal** concretiza-se a retribuição e prevenção especial (disposições da sentença), ganhando relevo a prevenção especial positiva (ressocialização).

O caráter reeducativo (ou educativo) assume importância máxima. A própria Lei de Execução Penal, no seu artigo 1º, dispõe:

“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Em síntese:

Momento	Finalidades Da Aplicação Da Pena	
PENA EM ABSTRATO (pena cominada)	PREVENÇÃO GERAL	Visa a sociedade e atua antes da prática do delito.
PENA EM CONCRETO (pena aplicada)	PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA	Visa o delinquente, buscando evitar a reincidência.
	RETRIBUIÇÃO	Visa retribuir com o mal o mal causado.
PENA NA EXECUÇÃO (pena executada)	EFETIVAR AS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA	Visa o delinquente, objetivando ressocializá-lo.
	PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA	

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA, JUSTIÇA REPARATÓRIA E JUSTIÇA NEGOCIADA

São, basicamente, três os modelos de resposta ao cometimento de um crime⁵, dois dos quais já tratados no tópico anterior:

4. Ob. cit., p. 311.

5. GOMES, Luiz Flávio. Justiça conciliatória, restaurativa e negociada. Disponível em <http://caetanoarau.dominiotemporario.com/doc/Download9.pdf>.

a) Dissuasório clássico: inspirado pela ideia de retribuição, consiste na simples imposição de pena, medida suficiente para retribuir o mal causado pela prática criminosa e para evitar o cometimento de novos delitos;

b) Ressocializador: tem a finalidade de reintegrar o delinquente à sociedade (prevenção especial positiva);

c) Consensuado: tem o propósito de trazer à Justiça criminal modelos de acordo e conciliação que visem à reparação de danos e à satisfação das expectativas sociais por justiça. Pode ser dividido em (1) modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima (reparação de danos) e (2) modelo de justiça negociada, em que o agente, admitindo a culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como a quantidade da pena, a forma de cumprimento, a perda de bens e também a reparação de danos.

Vê-se, especialmente pela introdução do modelo de Justiça consensual, que a resposta para o crime tem sofrido o influxo de novas ideias, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora).

Nesse contexto, têm adquirido importância no cenário jurídico-penal as **Justiças Restaurativa, Reparatória e Negociada**.

A primeira, baseada num procedimento de consenso envolvendo os personagens da infração penal (autor, vítima e, em alguns casos, a própria comunidade), sustenta que a solução do crime passa pela restauração, ou seja, pela reaproximação das partes envolvidas para que seja restabelecido o cenário anterior (de paz e higidez das relações sociais). Representa um rompimento com a tradicional “usurpação”, pelo Estado, da relação vítima-infrator, possibilitando o surgimento de uma nova perspectiva que quebra a dualidade da função da pena, até então restrita à retribuição e à prevenção, incluindo a restauração como nova possibilidade⁶. Segundo Eduardo Bolsoni Riboli,

“[A justiça restaurativa] busca afastar a tradição penal de monopólio estatal do processo de solução do conflito e devolver à vítima, ao ofensor e aos membros da comunidade o poder de participação direta e concreta na busca pela solução que julgam ser a mais justa para dirimir o conflito, através da criação de sistemas dialogais de abordagem da situação-problema. [...] é caracterizada pelo empoderamento das partes diretamente afetadas pelo conflito e pela

6. Temos aqui a denominada “terceira via do direito penal”, definida por Claus Roxin como a aquela em que se privilegia a reparação do dano, paralelamente às demais vias, consistentes na pena e na medida de segurança. Tem caráter autônomo, pois, uma vez aplicada, deve servir para alcançar as finalidades das sanções penais, e, na medida em que as alcance, deve substituí-las. Há, no caso, uma simbiose entre elementos do direito civil (reparação em si) e do direito penal (esforço e interesse do agente criminoso na atenuação dos efeitos de sua conduta, o que representa o alcance das finalidades de ressocialização e de prevenção especial). O que fundamenta a reparação dos danos como terceira via é sobretudo a subsidiariedade, ou seja, o Estado renuncia à aplicação da sanção penal porque as finalidades e a necessidade da pena foram cumpridas por meio de uma conduta positiva alternativa e mais eficaz.

atenção às necessidades da vítima, à reintegração do ofensor e ao fortalecimento dos valores comunitários através de práticas que visem fazer justiça mediante a restauração do dano provocado por um crime. Tem como uma de suas finalidades romper os paradigmas tradicionais de fundamentação da punição e ampliar os espaços de diálogo, integração e regulação social.”⁷

A justiça restaurativa se afasta tanto da retribuição – concentrada na conduta criminal e na culpabilidade de seu autor – quanto da reabilitação – direcionada à recuperação do criminoso. No campo da restauração, a pena é um recurso secundário ao qual se sobrepõe um processo que reúne a vítima, o autor do crime e a comunidade (representada por um mediador) para que se busque, tanto quanto possível, que os próprios envolvidos determinem as formas de reparação de danos e de prevenção de futuros crimes por meio da reintegração dessas pessoas a uma comunidade em que a lei é respeitada. De acordo com Sandrine Lefranc, o modelo de justiça restaurativa se baseia em quatro princípios: 1) o crime é uma violação de pessoas, não de leis; 2) deve-se buscar que as pessoas se conscientizem sobre o mal provocado para que se tornem possíveis a reparação e a elaboração de mecanismos que previnam novos crimes; 3) a reparação e a prevenção devem ser determinadas pelos próprios envolvidos, por meio de um processo informal e consensual; 4) o processo de restauração pressupõe esforços para aperfeiçoar a relação entre a vítima e o autor do crime, que dessa forma se reintegra à comunidade submissa à lei.⁸

A forma mais comum de promover a justiça restaurativa é a mediação, que envolve, na maior parte das vezes, um processo formal no qual um terceiro desinteressado atua para facilitar o entendimento entre as partes, que, em condições favoráveis, podem ter seus pontos de vista confrontados e, na medida do possível, harmonizados para que se alcance a melhor solução. Apesar de a mediação trazer consigo um caráter refratário à judicialização, nada impede que ocorra na esfera de competência do próprio sistema de justiça criminal e seja implementada pelos membros do sistema ou por delegação, conforme determinarem as regras.⁹

As iniciativas de justiça restaurativa não impedem, como princípio, o exercício da ação penal, razão por que não se limitam a crimes de menor gravidade. Por isso mesmo, também não é um pressuposto que a mediação ocorra antes de iniciada a ação penal,

7. RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um “tribunal orientado para a vítima”: o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 253-298, jan./abr. 2019, p. 275-278.
8. LEFRANC, Sandrine. Le mouvement pour la justice restauratrice: “an idea whose time has come”. *Droit et Société*, 63, p. 393-410, 2006, p. 394.
9. No Projeto de Lei nº 7.006/06 da Câmara dos Deputados, que propõe alterações nos Códigos Penal e de Processo Penal, bem como na Lei nº 9.099/95 para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, estabelece-se que, presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar documentos oriundos do procedimento criminal ao núcleo de justiça restaurativa, “composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada” (art. 6º).

afinal, se o propósito é que a situação das partes seja restaurada às condições prévias ao crime, a existência do processo criminal – que tem outras finalidades – não pode ser um óbice. Mas tudo depende das disposições de cada ordenamento jurídico.

As medidas restaurativas não se resumem à indenização por danos materiais ou morais provocados pelo crime. A simples reparação financeira se limita a conferir um valor ao sofrimento decorrente da conduta criminosa, mas não traz consigo outros arranjos que busquem de fato solucionar o problema. A restauração pressupõe a implementação de medidas consensuais de efetiva resolução do conflito.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 225/2016 para disciplinar a justiça restaurativa, que tem como princípios: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (art. 2º).

A forma como a justiça restaurativa é estruturada pelo CNJ não exclui o processo criminal, que lhe pode ser alternativo ou paralelo, tanto que o art. 2º, § 1º ressalta expressamente que a necessária admissão de que os fatos essenciais são verdadeiros não implica admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

Embora, como já destacamos, a justiça restaurativa seja possível também em crimes de maior gravidade, no Brasil a mediação acaba se restringindo aos crimes de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada a representação do ofendido, casos em que as composições entre o autor do crime e a vítima levam à renúncia do direito de queixa ou de representação, ou à retratação da representação já oferecida.

Já a Justiça Reparatória se faz por meio da conciliação promovida pelos órgãos integrantes do sistema criminal, como ocorre na transação penal, na suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) e nos termos de ajustamento de conduta para a reparação dos danos ambientais nas infrações da Lei nº 9.605/98. A Lei nº 11.719/08 (que alterou o CPP) confirma essa tendência a partir do momento em que permite ao juiz, na sentença condenatória, fixar valor mínimo indenizatório à vítima.

Por fim, na Justiça Negociada, proveniente sobretudo do direito americano, o agente e o órgão acusador acordam acerca das consequências da prática criminosa, o que, evidentemente, pressupõe a admissão de culpa. Trata-se do denominado “plea bargaining”, que pode consistir na negociação sobre a imputação (“charge bargaining”), sobre a pena e todas as consequências do delito, como o perdimento de bens e a reparação de danos (“sentence bargaining”), ou sobre ambas. Ainda não se identifica esta liberdade de acusação no sistema jurídico brasileiro, em que o órgão do Ministério Público tem atuação vinculada ao conjunto probatório proveniente da investigação, ou seja, a imputação deve ser estritamente relativa ao crime demonstrado. Além disso, a pena é aplicada por decisão exclusiva do juiz, sem possibilidade de influência direta do órgão acusador¹⁰. Isso não

10. Mas há projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional para disciplinar o *plea bargaining* no Brasil.

significa que nosso ordenamento não admite a justiça negociada, ainda que num menor grau. Temos, por exemplo, a justiça negociada no instituto do acordo de colaboração premiada (arts. 3-A e ss da Lei 12.850/13) e, mais recentemente, no acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP). Vamos aprofundar este último.

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi criado, de forma pioneira e corajosa, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mais precisamente através da Res. 181/17, depois alterada pela Res. 183/18, cujos contornos, em grande parte, foram repetidos no art. 28-A do CPP.

Tomado pelo espírito de justiça consensual, o acordo de não persecução penal é um ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz¹¹⁻¹², no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

É evidente que os instrumentos negociais, há tempos presentes no processo cível, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes político-econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito e atendem um prático cálculo de utilidade social. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral.

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

São pressupostos cumulativos do acordo, todos previstos, mesmo que implicitamente, no *caput* do art. 28-A do CPP:

a) existência de procedimento investigatório. A segurança de que existe um procedimento formalizado é importante para os atores do sistema criminal, evitando abusos do Estado e ao mesmo tempo permitindo a transparência na negociação. Seja inquérito policial, seja procedimento investigatório presidido pelo órgão de execução do Ministério Público, deve existir procedimento oficial devidamente instaurado para nele as partes ajustarem as condições adequadas e necessárias para o ANPP.

11. O legislador empregou o vocábulo “juiz” em sentido amplo, que abrange o relator da persecução penal de competência originária de um tribunal. Aliás, de forma a espantar qualquer dúvida, a Lei 13.964/19 alterou a Lei 8.038/90 (que disciplina os processos perante o STJ e o STF), para acrescentar em seu art. 1º um novo parágrafo prevendo expressamente o ANPP nos crimes praticados por autoridades com foro por prerrogativa de função.
12. A decisão que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal é atacada mediante recurso em sentido estrito (art. 581, inc. XXV, CPP).

b) não ser o caso de arquivamento dos autos. O ANPP pressupõe justa causa para a denúncia-crime, leia-se, mínimo de suporte fático, aquele início de prova (mesmo que indiciária) capaz de justificar a oferta da instância penal. No dizer de Afrânio Silva Jardim,

“Esse suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade”.¹³

c) cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* do art. 28-A serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (§1º). Portanto, tomando como norte a pena mínima abstratamente cominada ao delito, presente causa de aumento variável, deve-se utilizar a menor fração; no caso de diminuição variável, a maior fração. Imaginemos causa de aumento variando de 1/6 a 2/3. Temos que aplicar o aumento de 1/6; se de diminuição, a fração de 2/3. Só assim o operador chega na pena mínima abstratamente possível para a infração penal em tese praticada pelo investigado.

Percebam que o legislador proíbe o ANPP no caso de crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa. Para nós, a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado. Logo, homicídio culposo, por exemplo, admite o ANPP.

d) o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a prática do crime. A Resolução 181/17 determina que a confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo sejam registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações. A Lei 13.964/19 não impõe que tais formalidades sejam seguidas, mas que merecem ser observadas, na medida do possível.

Importante alertar que, apesar de pressupor confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. Não sem razão, diz o §12 que “A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º. deste artigo”.

As condições do acordo, ajustadas cumulativa ou alternativamente, estão estampadas nos incisos que acompanham o *caput* do art. 28-A:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. Na linha de outros instrumentos despenalizadores, o ANPP prestigia a vítima, colocando a reparação do dano ou restituição do objeto do crime como condição para o ajuste. Certamente haverá discussão quanto à possibilidade de o ajuste abranger (ou não) o dano moral. Para uma corrente, o dano moral, por guardar íntima relação com a dor e o sofrimento experimentado pela vítima, não encontraria, no processo penal, o *locus* adequado para debate. Outros, com os quais concordamos, embora reconhecendo a dificuldade em se estabelecer o *quantum*, não afastam, de plano, essa possibilidade, dependendo sempre da

13. Direito processual penal. 8ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 175.

cuidadosa análise do fato concreto, em especial, da gravidade do ilícito, da intensidade do sofrimento, da condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa, etc., bem como da utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Na seara da justiça consensual, tais dificuldades ficam quase que superadas, pois o valor a título de dano moral será discutido com a efetiva participação do ofensor.

Reparem que a impossibilidade de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima não impede a formalização do ANPP, conclusão extraída da parte final do inciso em comento. Nesse caso, o Ministério Público poderá fixar condições outras, desde que proporcionais e compatíveis com a infração penal imputada (inc. V). Quando se poderia dizer que há impossibilidade de reparar o dano? Vale, aqui, transcrever as lições de Renee de Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower:

“É certo que, salvo algumas raras exceções (‘infrações penais há que originam tão-somente a pretensão punitiva, como ocorre, por exemplo, em certos casos de tentativa branca, no crime impossível, nos crimes contra a paz pública, em alguns crimes contra a administração da justiça’), a prática de um delito acarreta não somente o surgimento da pretensão punitiva do Estado, mas também a obrigação de reparar os danos por ele gerados.

Assim, como primeira situação de impossibilidade de reparar o dano, de se citar os casos tais, em que não se verifica a ocorrência de um dano, em que pese tenha ocorrido o delito. Há situações outras, em que a reparação do dano é impossível em razão do perecimento do objeto tutelado, que não pode mais ser recomposto, típico caso de alguns crimes ambientais em que, uma vez ocorrida a degradação, não há mais possibilidade de retorno ao *status quo ante*.

Por fim, pode-se ainda evidenciar a impossibilidade de reparar o dano decorrente de incapacidade financeira do investigado. Em referidas situações, assim como ocorre naquelas relativas à suspensão condicional do processo, em que o acusado tem a possibilidade de não ter o benefício revogado, caso comprove motivo justificado para a não reparação do dano, tal fator não seria peremptoriamente impeditivo da realização do acordo.

Emergindo mencionada situação, pontos relevantíssimos devem ser considerados: (a) incumbe ao investigado a prova cabal de sua vulnerabilidade financeira, não bastando a mera alegação; (b) deve o agente ministerial, convencido e seguro da situação de insolvência do investigado, atentar-se para a conveniência de propor o cumprimento de outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada”.¹⁴

14. Acordo de não Persecução Penal – Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 162.

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Temos, nesta condição, um confisco aquiescido, onde o investigado, voluntariamente, renuncia a bens e direitos, como objetos utilizados para executar a infração penal (instrumentos do crime), objetos conseguidos diretamente com a atividade criminosa (produto do crime) ou bens conseguidos com a utilização do produto criminoso (proveito do crime).

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do CP.

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

Nos incisos III e IV temos condições inspiradas em sanções alternativas tradicionalmente utilizadas pelo juiz criminal para evitar a pena de prisão. Deve ser alertado, contudo, que a natureza dos incisos é de condição para o ANPP, isto é, cláusula que estabelece realização de uma situação ou de uma ação para que ocorra o negócio jurídico. Não se trata de sanção penal. Tanto que, se descumprida a condição ajustada, não pode o Ministério Público executá-la; deve oferecer denúncia e perseguir a devida condenação.

Diante desse quadro, fica fácil perceber o equívoco do legislador ao determinar que a concretização do acordo se dê no juízo das execuções penais (§ 6º). Erro crasso. Na VEC executa-se sanção penal; no ANPP não temos sanção penal imposta (e nem poderia, pois impedir-se-ia o devido processo legal), mas condições voluntariamente pactuadas pelas partes. A sua execução deveria ficar a cargo do Ministério Público (como determina a Res. 181/17) ou do juízo do conhecimento.

V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Este inciso deixa claro que o rol de condições é meramente exemplificativo, pois outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada, pode ser ajustada. Sobre os limites da liberdade de negociar, novamente trazemos à baila as lições de Renee de Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower, comentando dispositivo semelhante na Resolução 181/17, berço do ANPP:

“Nesse modelo de solução de litígios, a liberdade de negociar é considerada ponto central, seja porque diretamente ligada a autonomia da vontade, seja porque é parte da convergência de vontades e da cooperação necessária para a tutela do bem jurídico pretendida no caso concreto. É por isso que se diz que, no modelo de justiça consensual, vige o princípio do devido processo consensual, estruturado pela autonomia da vontade, princípio da eficiência, da lealdade e da boa-fé objetiva.

A liberdade de negociar implica em relativa liberdade de conteúdo do acordo, que não pode ser igualado a um contrato de adesão,

caracterizado pela fixação pasteurizada e meramente formal das condições a serem prestadas pelo investigado. Nem tampouco são permitidas condições que produzam violações a direitos fundamentais ou desproteção do bem jurídico tutelado pela norma penal aparentemente violada no caso.

Assim, como primeiro limite às condições ajustáveis em um acordo, não são possíveis prestações que atinjam direitos de terceiros e/ou absolutamente vedadas pelo ordenamento jurídico, como aquelas consideradas cruéis, cumpridas por outra pessoa que não o investigado, com castigos físicos, etc. Também não são permitidas prestações que impliquem violações a valores sociais de modo que deve ser resguardado o núcleo protetivo da dignidade da pessoa humana. Sobre esse aspecto, dada a imperiosa necessidade de compatibilizar interesses sociais e autonomia da vontade, resta imprescindível que seja assegurada uma decisão consciente e voluntária, que não afronte o interesse público, razão pela qual as prestações devem ser acompanhadas de medidas de garantia (safeguards) para evitar abusos. Nisso se vislumbra a maior função da decisão homologatória, prevista implicitamente no § 5º do art. 18 da Resolução 181/2017. O judiciário exerce neste ato verdadeira função homologatória de resguardo dos direitos fundamentais.

Respeitados aqueles limites acima, há, todavia, necessidade de a decisão ser autocontida, de modo a permitir que as condições sejam fixadas a partir das livres escolhas das partes, o que desloca a análise acerca da legalidade do ajuste para as particularidades do caso concreto, de modo a assegurar a solução mais conveniente e oportuna, exatamente como prevê o art. 723, parágrafo único, do CPC. O standard decisório é pautado pelo exame do atendimento aos interesses específicos das partes envolvidas, pois, caso não atendidas, evidenciar-se-ia desinteresse pelo acordo ou criação de situações ineficientes ou injustas. Sobreleva-se, neste aspecto, a análise a partir do princípio da juridicidade que permite sejam levados em consideração os elementos materiais contidos no sistema jurídico em seu aspecto substancial, de modo que devem ser admitidas as prestações sociais que levem a tutela penal do bem jurídico contido na infração penal imputada ao investigado.

Respeitados os limites acima, nem sempre claros, é verdade, podem ser fixadas outras condições ou medidas de interesse social que atendem a tutela do direito subjacente à infração penal praticada, embora seja recomendável a utilização de condições prestacionais semelhantes àquelas penas alternativas já previstas na legislação penal como, por exemplo, limitação de final de semana, interdição temporária de direitos, proibição de frequentar determinados lugares, etc. As prestações também podem abranger obrigações que produzam efeito prático equivalente os efeitos extrapenais, tais como perda do cargo, inabilitação para exercício de cargo, etc, e, ainda, aqueles de natureza extrapatrimonial.

Assim sendo, de forma resumida, a variedade e adaptabilidade das condições a serem estipuladas no acordo de não persecução podem experimentar relativas inovações e ampliações desde que i) a prestação avençada não seja proibida; ii) não atinja direito de terceiros; iii) não viole valores sociais e nem a dignidade da pessoa humana; iv) seja resguardada a consciência e voluntariedade do investigado; v) seja amparada pela juridicidade que permite sejam levados em consideração os elementos materiais contidos no sistema jurídico em seu aspecto substancial e vi) implique em recomposição social do bem jurídico tutelado pela norma penal aparentemente violada”.¹⁵

Note-se que a Lei 13.964/19 alterou o art. 116 do CP para nele incluir, no inciso IV, causa suspensiva da prescrição enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal. Assim, no prazo determinado para o cumprimento do avençado não se computa a prescrição.

O §2º impede o acordo de não persecução penal nos crimes de menor potencial ofensivo. As condições pessoais do investigado também podem servir de impedimento para o ajuste (reincidência ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas). Também o fato de o agente ter sido beneficiado anteriormente pelo ANPP, por transação penal ou pela suspensão do processo é igualmente um obstáculo.

O tipo de delito da mesma forma pode impedir o ANPP. Crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, pouco importando o sexo da vítima, não merecem o ANPP. Crimes contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, ainda que cometido fora do ambiente doméstico e familiar também não. Ao lado dessas vedações, não se pode perder de vista o não cabimento do ANPP para crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Nesse ponto, como alertamos acima, a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado. Logo, homicídio culposo, por exemplo, admite o ANPP.

Para extinguir a punibilidade, o ANPP deve ser fielmente adimplido. Descumprida qualquer das condições voluntariamente ajustadas, o Ministério Público comunica o juiz para que decrete a rescisão, possibilitando ao titular da ação penal o oferecimento da denúncia. Em que pese a redação do §10, não estamos diante de um simples comunicado, mas de verdadeiro requerimento ministerial para que o juiz julgue rescindida a avença. A decisão judicial, inclusive, tem natureza constitutiva negativa (e não meramente declaratória).

Antes da decisão, obviamente, o compromissário deve ser chamado e ouvido, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa. Apenas o descumprimento injustificado gera a rescisão.

Se o juiz indeferir o pleito do Ministério Público, parece cabível o agravo em execução, lembrando que, na arquitetura imaginada pelo legislador na construção do art. 28-A CPP, a execução do ANPP se dá na Vara das Execuções Penais.

15. Ob. cit. p. 179-180.

Por fim, alerta o §11 que o descumprimento do ANPP pode ser utilizado pelo Ministério Público, dentro do seu poder discricionário, para o eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

4. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA PENA

Com a prática do crime, nasce para o Estado o dever/poder de punir o infrator, aplicando-se a sanção penal cominada no preceito incriminador. No entanto, na tarefa de aplicar a pena, o Estado-Juiz deverá observar os princípios (expressos e implícitos) previstos na CF/88. Vejamos.

(A) Princípio da legalidade (reserva legal e anterioridade)

Representado pelo brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, este princípio foi analisado no começo da obra, mais precisamente no tópico “princípios gerais do direito penal”, para onde remetemos o leitor, evitando enfadonha repetição.

(B) Princípio da personalidade ou intransmissibilidade

O princípio da pessoalidade das penas está insculpido no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que dispõe: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*”¹⁶. Trata-se de desdobramento lógico dos princípios da responsabilidade penal individual, da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade.

Como se percebe, o postulado em estudo representa a impossibilidade de se transferir a pena para os sucessores, descendentes ou ascendentes do infrator. Só responde penalmente quem cometeu o delito ou para ele (delito) concorreu de qualquer modo.

Discute-se se o princípio da pessoalidade tem caráter absoluto ou relativo.

Para **Flávio Monteiro de Barros**, é relativo, admitindo exceção prevista na própria Constituição, qual seja, a pena de perda de bens:

“A Magna Carta abre uma exceção a esse princípio ao estatuir que a pena de perda de bens pode ser aplicada aos sucessores (*inter vivos* ou *causa mortis*) do condenado até o limite do patrimônio transferido. É inegável o reflexo da condenação aos familiares do detento, que se vêem privados de seu convívio e de seu apoio econômico. Visando amenizar esse inconveniente efeito, a nossa legislação consagra o direito de visita ao preso e o auxílio-reclusão aos dependentes do condenado.”¹⁷.

Ousamos discordar. O princípio deve ser encarado como garantia absoluta do cidadão. A perda de bens, referida no art. 5º, XLV, da CF/88, na verdade não é pena, mas

16. A Convenção Americana de Direitos Humanos também disciplina o princípio, prevendo que “a pena não pode passar da pessoa do condenado” (art. 5º, 3, CADH).

17. Ob. cit., p. 435.

efeito da sentença, uma obrigação. Nesse sentido ensinam **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio García-Pablos de Molina**:

“A pena não pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV). A prisão não passa ao sucessor do condenado. E a multa? Tampouco passa aos herdeiros [pois, apesar de executada como dívida ativa, não perde seu caráter penal]. Quais obrigações passam aos sucessores? Duas obrigações somente obrigam os sucessores: (A) obrigação de indenizar (nos limites da herança) e (B) obrigação de respeitar o perdimento de bens (confisco, v.g.)”¹⁸.

(C) Princípio da individualização da pena

Dispõe o artigo 5º, XLVI, CF/88: “a lei regulará a **individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes: a) **privação ou restrição da liberdade**; b) **perda de bens**; c) **multa**; d) **prestação social alternativa**; e) **suspensão ou interdição de direitos**” (grifamos).

A individualização da resposta estatal ao autor de um fato punível deve ser observada em três momentos: **a)** na definição, pelo legislador, do crime e sua pena; **b)** na imposição da pena pelo juiz; **c)** e na fase de **execução** da pena, momento em que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (art. 5º LEP).

Sobre o tema, **Zaffaroni** e **Pierangeli** esclarecem:

“O CP brasileiro segue o sistema conhecido como o das penas ‘relativamente indeterminadas’. Salvo as penas que por sua natureza não admitem a quantificação, as demais são estabelecidas legalmente de forma relativamente indeterminada, isto é, fixando um mínimo e um máximo, possibilitando, sempre, uma margem para a consideração judicial, de conformidade com as regras gerais de que é o juiz que deve concretizá-las no caso concreto.

Esse sistema opõe-se, na legislação comparada, ao chamado sistema de ‘penas fixas’, nas quais o Código não outorga ao juiz nenhuma faculdade individualizadora. Este último sistema não mais existe na legislação comparada contemporânea, e decorre de um critério eminentemente retributivo e intimidatório. Vigorou, entre nós, no Código Criminal do Império (1830).”¹⁹.

Com base nesse princípio, o STF tem julgado inconstitucional a (crescente) opção legislativa de criar, para alguns crimes, regime fechado obrigatório para o início do cumprimento da pena, opção essa que subtrai do magistrado o dever de aquilatar as circunstâncias que rodeiam o caso concreto²⁰.

18. Ob. cit., p. 511.

19. Ob. cit., p. 741.

20. HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006); HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010). HC 105779/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 8.2.2011.

(D) Princípio da proporcionalidade

A história do Direito Penal nos revela que reprimendas previstas e/ou aplicadas para os autores de atos lesivos nem sempre se adequaram à gravidade do fato praticado. Foi durante o Iluminismo, marcado pela obra de **Cesare Beccaria**, que se despertou maior atenção para a proporcionalidade na resposta estatal.

Nas palavras do **Marquês**:

“Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado”²¹.

Num Estado Democrático de Direito,

“a proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.”²².

Trata-se de princípio implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente.

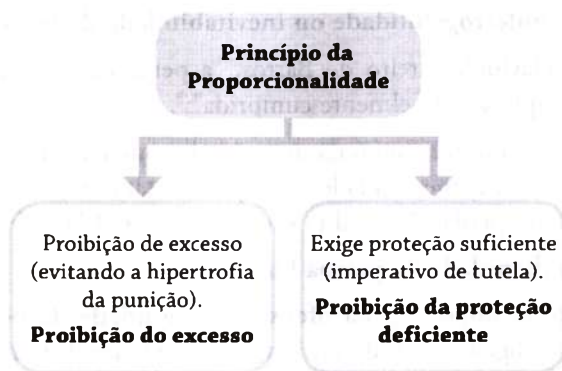
Alertamos, no entanto, que o princípio em estudo não pode compreender apenas a proibição do excesso. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) também a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. Nesse sentido, o STF:

*“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Überrmassverbot), como também podem ser traduzidos como **proibições de proteção insuficiente** ou imperativos de tutela (Unterrmassverbot). [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que*

21. Ob. cit., p. 49.

22. ROQUE, Fábio Araújo. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 117-9.

poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)” (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012).



A proporcionalidade deve ser observada em **dois** momentos distintos:

(i) **Plano abstrato:** deve o legislador, ao tornar típico determinado fato, atentar-se para o liame existente entre a conduta e suas consequências, a fim de estabelecer a reprimenda em patamar adequado não somente à reparação pelo dano ao bem jurídico tutelado, como também para atender integralmente às finalidades da pena;

(ii) **Plano concreto:** o julgador, antes de estabelecer a reprimenda, deverá observar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, as circunstâncias e as características da prática da infração penal, para, somente após, aplicá-la em concreto. Assim, por exemplo, deve ser mais severamente punido o agente que, num crime de roubo, emprega violência, do que aquele que, nas mesmas circunstâncias, efetua a subtração mediante grave ameaça.

Recentemente o STF trabalhou com o princípio da proporcionalidade na análise da pena prevista para o crime do art. 273, §1º-B, inc. I, do Código Penal. O art. 273 do CP pune com 10 a 15 anos de reclusão a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Já o inciso I do parágrafo 1º-B pune, com a mesma pena, quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto que, apesar de não corrompido, carece de registro no órgão de vigilância sanitária. A Corte julgou inconstitucional essa pena para esta modalidade do crime. A maioria dos ministros considerou desproporcional a pena, maior do que a cominada para crimes mais graves, e decidiu ripristinar, para o inciso I do § 1º-B, a pena cominada ao art. 273 antes da Lei 9.677/98 (que também incluiu no tipo penal o dispositivo analisado no julgamento). Firmou-se a seguinte tese de repercussão geral:

“É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre importar, vender, expor à venda, ter em depósito para

vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar produto sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para estas situações específicas, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa)”.

(E) Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade da pena

Nas palavras de Flávio Monteiro de Barros, “a pena, desde que presentes os seus pressupostos, deve ser aplicada e fielmente cumprida”²³.

Este princípio deve conviver com o da necessidade concreta da pena (art. 59 do CP), de modo que, constatada a desnecessidade da resposta estatal, o juiz tem o poder de não aplicá-la, como ocorre no perdão judicial (a exemplo do art. 121, §5º, do CP).

(F) Princípio da dignidade da pessoa humana

A ninguém pode ser imposta pena **ofensiva à dignidade da pessoa humana**, vendo-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais.

O artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos anuncia:

“Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (§1º). “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano” (§2º).

A Constituição Federal de 1988 disciplina quais penas **não** serão admitidas em nosso ordenamento. Assim, “*não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis*” (art. 5º, XLVII, CF/88). Nas palavras de Luigi Ferrajoli: “um Estado que mata, que tortura, que humilha o cidadão, não só perde qualquer legitimidade, como contradiz a sua própria razão de ser, colocando-se no mesmo nível dos delinquentes”²⁴.

A dignidade da pessoa humana como princípio informador da pena tem orientado decisões judiciais sobre violações de direitos de condenados que cumprem suas sanções em estabelecimentos inadequados segundo os preceitos básicos da Constituição Federal, da Lei de Execução Penal e de normas internacionais de direitos humanos. Os tribunais têm imposto à Administração Pública obrigações de fazer ou não fazer com o fim de dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Nesse contexto, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e o considerou responsável pela violação massiva de direitos

23. Ob. cit., p. 436.

24. Ob. cit., p. 90-1.

fundamentais dos presos. As normas internacionais, a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal asseguram que os presos não podem ser submetidos a penas de caráter cruel, garantem-lhes o respeito à integridade física e moral e o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. A Lei de Execução Penal ainda assegura a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa, além do acesso à saúde, aos alojamentos com ocupação e dimensões adequadas, ao trabalho e ao estudo. O desrespeito a essas normas impede a adequada prestação de serviços e viola bens essenciais que integram o mínimo existencial. Para lidar com o problema, o tribunal adotou as seguintes providências:

- a) a realização de audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão;
- b) que os juízes fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário;
- c) que os juízes ordenem a liberação e o não contingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional;
- d) a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação;
- e) estabeleceu que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano;
- f) estabeleceu que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local;
- g) que a elaboração do plano nacional deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito;
- h) que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional;
- i) que, em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar;
- j) que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito;
- k) que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o tribunal, em caso

de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte.²⁵

A 2ª Turma do STJ decidiu, por sua vez, que oferecer banhos frios a presidiários representa violação massificada aos direitos humanos, contrariando a Constituição Federal e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário:

“11. Mais do que privilégio ou leniência do sistema punitivo estatal, a higiene pessoal representa expediente de proteção de todos os presos, dos funcionários, dos voluntários sociais e religiosos, e dos familiares visitantes. Essa a razão para a Lei de Execução Penal atribuir filiação dúplici a “higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento”, simultaneamente como direito e dever do condenado (art. 39, IX, da Lei 7.210/1984). 12. Além disso, a legislação impõe ao Estado o dever de garantir assistência material ao preso e ao internado, nela incluída “instalações higiênicas” (Lei 7.210/1984, art. 12), expressão que significa disponibilidade física casada com efetiva possibilidade de uso. Assim, não basta oferecer banho com água em temperatura polar, o que transformaria higiene pessoal em sofrimento ou, contra legem, por ir além da pena de privação de liberdade, caracterizaria castigo extralegal e extrajudicial, consubstanciando tratamento carcerário cruel, desumano e degradante. 13. Finalmente, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, promulgadas pelas Nações Unidas (Regras de Mandela), dispõem que “Devem ser fornecidas instalações adequadas para banho”, exigindo-se que seja “na temperatura apropriada ao clima” (Regra 16, grifo acrescentado, cf. publicação do Conselho Nacional de Justiça, com o título “Regras de Mandela”). Irrelevante, por óbvio, que o texto não faça referência expressa a “banho quente”. 14. Correto, portanto, o juiz de primeira instância quando, na decisão de concessão da tutela antecipada, concluiu que “submeter os presos a banhos frios, sobretudo no inverno, segundo respeitado parecer médico juntado com a inicial, desencadeia ou agrava uma série de doenças. E, pior, segundo levantamento do CNJ, a maioria dos estabelecimentos penais não possuem médicos e enfermeiros em todos os períodos” (e-STJ, fl. 57) 15. Assim, patente a presença de todos os elementos para a concessão de tutela antecipada, decisão de primeiro grau, aliás, em harmonia com precedentes do STJ, citado pela petição inicial da Defensoria Pública: “A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário” (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2009). Na mesma linha, outro precedente mencionado, este do Supremo Tribunal Federal: “O mínimo

25. ADPF 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Ministro Luís Roberto Barroso, j. 04/10/2023.

existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.4.2004). Por isso, impõe-se restabelecer a integralidade da decisão de primeiro grau. 16. Eventuais dificuldades técnicas particulares insuperáveis, relacionadas a estabelecimentos específicos, que impeçam o oferecimento de banho quente, poderão ser submetidas ao próprio juiz de primeiro grau, a quem caberá apreciar a necessidade, ou não, de modificação do prazo que fixou, bem como os contornos e a extensão da sua decisão.”²⁶

Em outra decisão, a 5ª Turma do STJ conferiu plena efetividade a uma resolução emitida em 2018 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julgou inadequadas as instalações do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, e determinou que se computasse em dobro cada dia de privação de liberdade em benefício de todos os indivíduos ali alojados, exceto nos crimes contra a vida ou a integridade física e nos crimes sexuais. Negando provimento a recurso que havia sido interposto pelo Ministério Público, o STJ concluiu que a resolução não se limita por efeitos *ex nunc*, ou seja, deve ser aplicada a todo o período em que o preso permaneceu no local sob as condições apontadas pelo órgão internacional, ainda que esse período tenha se iniciado antes de emitida a resolução:

“8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC. 9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos *ex nunc*, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (*ex nunc*), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso. [...] 11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em

26. REsp 1.537.530/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/04/2017.

dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.”²⁷

(G) Princípio da vedação do *bis in idem*

Este princípio não está previsto expressamente na Constituição, mas sim no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional:

“Art. 20. Ne bis in idem. 1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2 – Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.”.

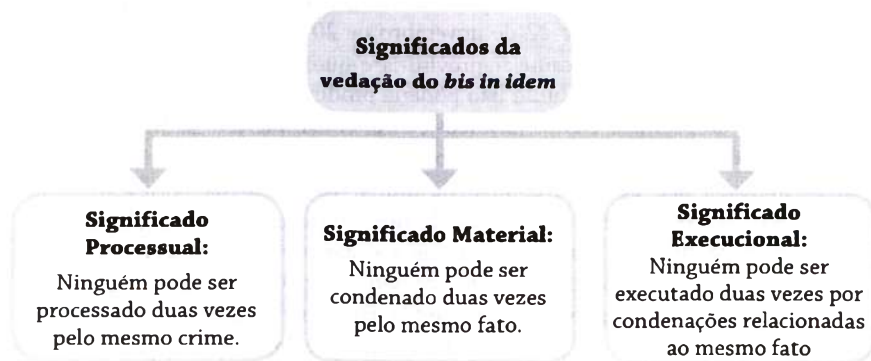
Entende-se, majoritariamente, que o princípio em estudo não é absoluto. O próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 20, 3, prevê a possibilidade de julgamento por mesmo fato nos casos dos crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, desde que o primeiro tribunal a realizar o julgamento tenha tentado subtrair a competência do Tribunal Internacional ou não tenha havido a imparcialidade necessária à ação da justiça. Entre nós, a exceção ao princípio do *non bis in idem* se encontra no artigo 8º, que autoriza novo julgamento e condenação pelo mesmo fato, nos casos de extraterritorialidade da lei penal brasileira (vide capítulo dedicado ao tema “eficácia da lei penal no espaço”).

O princípio do *non bis in idem* tem **três** significados:

(i) **Processual:** ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime;

(ii) **Material:** ninguém pode ser condenado pela segunda vez em razão do mesmo fato;

(iii) **Execucional:** ninguém pode ser executado duas vezes por condenações relacionadas ao mesmo fato.



27. RHC 136.961/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15/06/2021.

Em julgamento de *habeas corpus*, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, aplicando o significado **material** da vedação ao *bis in idem*, anulou a segunda decisão proferida em desfavor de agente processado e condenado em duas comarcas distintas por um mesmo crime²⁸. Apesar de ser mais favorável do que a primeira decisão condenatória, entendeu o Pretório Excelso que a segunda não poderia existir, já que ninguém pode ser condenado uma segunda vez pelo mesmo fato.

Em síntese, de acordo com o princípio *non bis in idem*, veda-se o processo, a condenação e a execução de alguém mais de uma vez pela prática do mesmo ato.

Há doutrinadores que defendem ser a reincidência uma violação ao princípio em estudo, já que se trata de hipótese em que o crime anterior, pelo qual o sujeito já foi condenado, será novamente considerado para agravar a pena aplicada em razão de nova prática delituosa.

É o que ensina, por exemplo, **Paulo Queiroz**:

“O legislador, porém, não raro o viola claramente. Exemplo disso é a adoção do instituto da reincidência (CP, arts. 61, I e 63), uma vez que, ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se em verdade valorando e punindo a segunda vez a infração anteriormente praticada, em relação à qual já foi o autor sentenciado, chegando-se por vezes a absurdos, como, por exemplo, estabelecer o juiz, depois de fixar a pena-base em seis anos de reclusão (tráfico de drogas), um aumento de dois terços em face da reincidência, aplicando pena definitiva de dez anos. Nota: o crime anterior (um furto) fora apensado em dois anos de prisão, pena inferior ao aumento decorrente da reincidência (4 anos)!”²⁹.

Concessa venia, não nos alinhamos a esse posicionamento. Primeiramente, porque quando o juiz considera a reincidência, não está utilizando propriamente o fato passado em desfavor do agente; o que justifica a agravante é o fato de o mesmo indivíduo ter novamente violado a ordem jurídica, a despeito de devidamente punido pela prática delitiva anterior. Logo, não se pode afirmar que há nova punição sobre o fato, mas, sim, que a reiteração na prática de condutas que atentam contra a regular convivência social sofre (e deve mesmo sofrer) reprimenda mais severa.

Além disso, o Código Penal não traz patamares mínimo e máximo para as hipóteses em que o juiz considera a reincidência. Como se trata de circunstância agravante, deve o julgador, no exercício de seu prudente arbítrio, determinar o *quantum* da elevação da pena, sempre em obediência ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, não se pode olvidar que a aplicação da agravante da reincidência atende ao princípio da individualização da pena, pois faz com que se puna com maior rigor um indivíduo costumeiro violador da ordem jurídica. Configuraria clara injustiça, por

28. STF – Primeira Turma – HC 101131 – Rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio – DJe 09/11/2011.

29. Ob. cit., p. 50.

exemplo, apenar-se de forma idêntica um furtador primário e um contumaz ofensor ao patrimônio alheio.

Este entendimento é o adotado pelos dois Tribunais Superiores³⁰⁻³¹.

5. PENAS PROIBIDAS NO BRASIL

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, anuncia as penas proibidas no Brasil:

“não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Vejamos.

(A) Pena de morte

A pena de morte, em regra, está proibida, mas a própria CF/88 abre exceção, podendo ser aplicada (por fuzilamento) por tribunais militares, em caso de guerra externa³², nas hipóteses definidas no Código Penal Militar.³³

Apesar de a proibição constitucional admitir somente uma exceção (guerra declarada), a doutrina elenca outras duas:

(i) A Lei nº 7.565/86, no seu artigo 303, §2º, autoriza o “abate” de aeronave considerada hostil ou suspeita sobrevoando o espaço aéreo nacional. Trata-se da **medida de destruição**, que consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave rotulada invasiva e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o

30. STF – Segunda Turma – HC 94236 – Rel. Min. Teori Zavascki – DJe 19/06/2013.

31. *“Esta Corte já assentou a ausência de ilegalidade na aplicação da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, não sendo de falar em inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, em 4.4.2013, declarou que é constitucional a aplicação da reincidência como agravante da reprimenda, no tocante aos processos criminais”* (STJ – Sexta Turma – HC 159.590 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 22/08/2013).

32. A guerra deve ser evidente e legalmente declarada, por ato presidencial, mediante autorização ou referendo do Congresso Nacional. Conflito armado, guerrilha urbana ou qualquer perturbação que não configurem guerra nos termos constitucionalmente estabelecidos, não admitem a pena capital como resposta estatal. Discute-se se é possível a pena de morte na guerra preemptiva, isto é, uma guerra decidida diante de provas de uma ameaça iminente à soberania de um Estado.

33. Eugênio Raúl Zaffaroni e Pierangeli, discorrendo sobre o tema, ensinam que morte jamais pode ser rotulada como pena, faltando-lhe cumprir as finalidades de prevenção e ressocialização. A chamada “pena de morte” não cumpre qualquer função desta índole, mas simplesmente a função de suprimir um homem, definitiva e irreversivelmente. Não se trata de uma pena, mas de um simples impedimento físico, como amputar uma mão do batedor de carteiras ou erguer um muro que impeça o avanço de pedestres e veículos. Não é pena sequer no âmbito do direito penal militar de tempo de guerra. A guerra, aliás, é o fracasso do direito, é um fenômeno que escapou ao direito. Frente a esse fenômeno, a legislação de guerra não faz mais do que prever algumas consequências desta especial circunstância, dentre as quais cabe considerar a possibilidade de uma situação de inculpabilidade, isto é, de inexistência de conduta diversa (ob. cit., p. 743).

cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra (art. 5º do Decreto nº 5.144/2004). Embora haja formalidades a serem observadas antes do “abate”, o fato é que, dada as condições de urgência, representa sanção capital³⁴⁻³⁵.

(ii) De igual modo, o artigo 24 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) prescreve como pena à pessoa jurídica causadora de danos ao meio ambiente o encerramento das suas atividades, o que, sob certa ótica, configura também pena de morte.

(B) Penas de caráter perpétuo

As penas de caráter perpétuo são igualmente vedadas, opção política confirmada pela simples leitura do artigo 75 do Código Penal:

“O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos”³⁶.

Alguns estranham o fato de o Brasil ter subscrito, sem ressalvas, o Estatuto de Roma (criador do Tribunal Penal Internacional) que, no seu artigo 77, 1, “b”, autoriza, nos crimes afetos à sua jurisdição, a imposição dessa espécie de sanção. A uma, deve ser lembrado que o Estatuto não admite ressalvas pelo país signatário. A duas, o conflito entre nossa CF (que proíbe pena perpétua) e o Estatuto (que permite essa pena) é meramente **aparente**, como bem explica **Valério Mazzuoli**:

“A C.F. quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo está direcionando seu comando tão-somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais”³⁷.

Veremos logo mais a discussão que gira em torno das medidas de segurança, espécie de sanção penal imposta em caso de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade) do agente. Tendo caráter essencialmente curativo – e não punitivo –, o artigo 97, §1º, do Código Penal que estabelece um tempo mínimo para a medida, sem fixar o limite máximo de sua duração. Para uma primeira corrente, a finalidade da medida é realmente incompatível

34. Segundo dispõe o art. 9º, § 2º, inc. III, a, do Código Penal Militar, compete à Justiça Militar da União julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civil no contexto de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma na Lei 7.565/86.

35. Regra semelhante no direito alemão, que permitia o abate de aeronave caso constatada sua utilização para atentar contra a vida de pessoas no solo, foi julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional da Alemanha sob o argumento de que instrumentalizar passageiros inocentes, ainda que para salvar outras pessoas, viola o direito à vida e à dignidade humana, mesmo que, no fim, esses mesmos passageiros morram na ação criminosa.

36. O limite, que antes era de trinta anos, foi ampliado pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime). Considerando que se trata de norma que torna mais rígido o cumprimento da pena, é irretroativa, aplicando-se apenas aos crimes cometidos após sua entrada em vigor.

37. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 90.

com prazo máximo, devendo perdurar enquanto não cessada a periculosidade do agente³⁸. Uma segunda orientação ensina que a indeterminação do prazo da medida de segurança é inconstitucional, não podendo a sanção ultrapassar o limite de 40 anos (o mesmo para as penas privativas de liberdade). Por fim, temos corrente no sentido de que o tempo de cumprimento da medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena cominada ao fato previsto como crime praticado pelo inimputável³⁹.

(C) Pena de trabalhos forçados

No Brasil nenhum preso pode ser obrigado a cumprir pena mediante trabalhos forçados. Essa pena proibida não se confunde, de modo algum, com o trabalho estabelecido na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que, embora seja obrigatório (art. 31) e constitua dever do preso (art. 38, V), não é pena, possui finalidade educativa e produtiva (art. 28), sendo, ainda, remunerado (art. 29).

(D) Pena de banimento

A pena de banimento constitui a expulsão do nacional, nato ou naturalizado, do nosso território.

(E) Pena de natureza cruel

Vimos que a ninguém pode ser imposta pena **ofensiva à dignidade da pessoa humana**, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais. A pena privativa de liberdade, permitida no Brasil, não pode ser executada em celas escuras e insalubres, forma cruel e desumana de execução. Alertam **Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**:

“O corpo humano é intangível para o Estado, e a integridade física do condenado deve ser protegida, tanto em relação ao tipo de pena, quanto com a forma com a qual se executam sanções que indiretamente possam encobrir tratamentos desumanos, como são as privativas de liberdade”⁴⁰.

6. PENAS PERMITIDAS NO BRASIL

A Constituição Federal não prescreveu somente as sanções vedadas, anunciando também as penas **permitidas** (artigo 5º, XLVI): “*a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos*”.

O Código Penal, atento às vedações e permissões de ordem constitucional, no Título V ocupa-se das penas, e o capítulo inaugural anuncia as espécies de penas cabíveis ao autor de um fato punível:

(A) Penas privativas de liberdade

38. STJ – Quinta Turma – HC 145510 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 07/02/2011.

39. Súmula nº 527 do STJ.

40. Ob. cit., p. 628.

Formas mais drásticas de punição (sem esquecer as hipóteses em que se admite pena capital), as penas privativas de liberdade podem ser de **reclusão**, **detenção** ou **prisão simples**⁴¹, variando, principalmente, o grau de institucionalização do indivíduo.

	Reclusão	Detenção	Prisão Simples
Nota	Reservada para os crimes mais graves	Reservada para os crimes menos graves	Reservada para as contravenções penais
Regime inicial de cumprimento da pena	Pode ser o fechado (art. 34 do CP), semiaberto (art. 35 do CP) ou aberto (art. 36 do CP).	Só pode ser o semiaberto ou aberto. Obs: não cabe regime inicial fechado, mas por meio da regressão é possível cumprimento da detenção em regime mais rigoroso.	Semiaberto ou aberto Obs1: não cabe regime fechado, nem mesmo por meio da regressão. Obs2: deve ser cumprida em local distinto dos apenados por crime, sem os rigores penitenciários (art. 6º da LCP)
Efeitos extrapenais da condenação	Pode ter como efeito a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos praticados contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado (art. 92, II, do CP).	Esse efeito não é possível no crime doloso punido com detenção.	A prisão simples não sofre os efeitos extrapenais da condenação referidos nos arts. 91 e 92 do CP.
Interceptação Telefônica	Admite, como meio de investigação, a interceptação telefônica do suspeito.	Não admite*.	Não admite.

* O STF, no HC 83.515, da relatoria do então Min. Nelson Jobim, decidiu que “Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção (...).” Repetiu-se a orientação no AI 626.214, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 08/10/2010).

41. Além da reclusão e da detenção, o art. 55 do Código Penal Militar menciona a pena de prisão. Esta pena, que não se confunde com a prisão simples, se aplica pela conversão da reclusão ou da detenção não superior a dois anos (desde que não cabível a suspensão condicional). Deve ser cumprida, pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar, e, pela praça, em estabelecimento penal militar onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos.

(B) Restritivas de direito

Previstas nos artigos 43 a 48, do Código Penal, as penas restritivas de direito podem ser: prestação de serviços à comunidade, limitação de fins de semana, interdição temporária de direitos, prestação pecuniária, perda de bens e valores.

(C) Multa

Também estabelecida no artigo 32 do Código Penal, a pena de multa tem seu regramento no artigo 49 e seguintes do Código Penal. Advertimos, desde já, que a pena de prestação pecuniária **não** se confunde com a pena de multa, como explicaremos em tópico próprio.

Em resumo:

Classificação das penas		
Privativas de liberdade	Restritivas de direito	Pecuniária
Arts. 33 a 42.	Arts. 43 a 48.	Arts. 49 a 52.
• Reclusão • Detenção • Prisão simples	• Prestação de serviços a comunidade • Limitação de fins de semana • Interdição temporária de direitos • Prestação pecuniária (à vítima) • Perda de bens e valores	• Multa

Existem outras penas, que não são propriamente inconstitucionais, e que simplesmente não foram acolhidas pelo Código Penal, como bem lembram **Zaffaroni** e **Pierangeli**:

“Uma das mais tradicionais é o confinamento, que consiste em designar durante algum tempo um lugar fixo de residência para o condenado, que dela não pode sair. Estava prevista (degredo) no art. 51 do Código Penal Imperial, da mesma forma que o desterro, este no art. 52, que era a proibição de habitar no lugar de sua residência ou na residência do ofendido. Não são penas inconstitucionais, como era o banimento, que praticamente implicava uma morte civil e a perda da condição de nacional, e que levava o condenado a uma situação de apátrida, condenado a vagar pelo mundo. (...) É bem diferente esta pena, claramente inconstitucional, das penas que, ao invés de implicar na prisão do apenado, significam uma menor restrição de sua liberdade, posto que limitam unicamente o direito de circulação.”⁴².

Podemos lembrar, ainda, a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que, na punição do usuário, cominou *advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo* (art. 28, incisos I e III), penas não previstas expressamente na Constituição Federal (ou mesmo Código Penal).

42. Ob. cit., p. 745-6.

Capítulo II

APLICAÇÃO DA PENA

Sumário • 1. Introdução; 2. Fixação da pena privativa de liberdade; 3. Primeira fase de aplicação da pena; 3.1. Culpabilidade do agente; 3.2. Antecedentes do agente; 3.3. Conduta social do agente; 3.4. Personalidade do agente; 3.5. Motivos do crime; 3.6. Circunstâncias do crime; 3.7. Consequências do crime; 3.8 Comportamento da vítima; 4. Segunda fase de aplicação da pena; 4.1. Das agravantes; 4.1.1. Reincidência (art. 61, I); 4.1.2. Motivo fútil ou torpe (art. 61, II, "a"); 4.1.3. Crime cometido para facilitar ou assegurar a execução ou ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (art. 61, II, "b"); 4.1.4. Crime cometido com traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, "c"); 4.1.5. Crime praticado com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (art. 61, II, "d"); 4.1.6. Crime praticado contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, "e"); 4.1.7. Crime praticado com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher, na forma da lei específica (art. 61, II, "f"); 4.1.8. Crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, II, "g"); 4.1.9. Crime praticado contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, "h"); 4.1.10. Crime praticado quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade (art. 61, II, "i"); 4.1.11. Crime praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. 61, II, "j"); 4.1.12. Crime praticado em estado de embriaguez preordenada (art. 61, II, "l"); 4.1.13. Agravantes nos crimes praticados por duas ou mais pessoas (art. 62); 4.2. Das atenuantes; 4.2.1. Menoridade (art. 65, I, 1ª parte); 4.2.2. Senilidade (art. 65, I, 2ª parte); 4.2.3. O desconhecimento da lei (art. 65, II); 4.2.4. Motivo de relevante valor moral ou social (art. 65, III, "a"); 4.2.5. Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (art. 65, III, "b"); 4.2.6. Ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, "c"); 4.2.7. Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, "d"); 4.2.8. Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (art. 65, III, "e"); 4.2.9. Circunstâncias atenuantes inominadas (art. 66); 5. Terceira fase de aplicação da pena; 5.1. Concurso (homogêneo) de causas de aumento; 5.2. Concurso (homogêneo) de causas de diminuição; 5.3 Concurso (heterogêneo) de causas de aumento e de diminuição; 6. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; 6.1. Regime fechado; 6.2. Regime semiaberto; 6.3. Regime aberto; 6.4. Pena de reclusão; 6.5. Pena de detenção; 6.6. Pena de prisão simples; 6.7. Regime de cumprimento de pena do índio; 6.8. Regime especial para o cumprimento de pena pela mulher; 6.9. Fixação do regime inicial de cumprimento da pena e detração; 6.10. Sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade; 6.11. Limite das penas; 7. Penas e medidas alternativas à prisão; 7.1. As penas restritivas de direitos; 7.1.1. Introdução; 7.1.2. Restritivas de direitos: espécies; 7.1.3. Restritivas de direitos: características; 7.1.4. Restritivas de direitos: requisitos; 7.1.5. Penas restritivas de direitos x crimes hediondos (ou equiparados); 7.1.6. Penas restritivas de direitos x delitos de ameaça, lesão corporal leve e constrangimento ilegal; 7.1.7. Penas restritivas de direitos x crime de roubo; 7.1.8. Penas restritivas de direitos x crimes militares; 7.1.9. Penas restritivas de direitos na Lei de Abuso de Autoridade; 7.1.10. Restritivas de direitos: regras da substituição; 7.1.11. Restritivas de direitos: conversão; 7.1.12. Restritivas de direitos: momento de execução; 7.2. A pena de multa; 7.2.1. Introdução; 7.2.2. Aplicação da pena de multa; 7.2.3. Pagamento (voluntário) da multa; 7.2.4. Não pagamento da pena

de multa; 7.2.5. Cumulação de penas de multa; 7.2.6 A multa e a Lei Maria da Penha; 7.2.7. A multa no tráfico de drogas; 7.2.8 Pena de multa e prestação pecuniária: distinções.; 7.3. A suspensão condicional da pena (“sursis”); 7.3.1. Conceito e natureza jurídica; 7.3.2. Sistemas; 7.3.3. Espécies, requisitos e condições; 7.3.4. Revogação; 7.3.5. Cassação; 7.3.6. Prorrogação; 7.3.7. Extinção; 7.4. Livramento condicional; 7.4.1. Conceito e natureza jurídica; 7.4.2. Requisitos; 7.4.2.1. Objetivos; 7.4.2.2. Subjetivos; 7.4.3. Condições; 7.4.3.1. Obrigatórias; 7.4.3.2. Facultativas; 7.4.4. Concessão e execução; 7.4.5. Revogação; 7.4.5.1. Obrigatória; 7.4.5.2. Facultativa; 7.4.6. Prorrogação; 7.4.7 Extinção.

1. INTRODUÇÃO

Como garantia do cidadão, não há pena sem prévia cominação legal, devendo o legislador, na sua criação, observar a proporcionalidade da resposta estatal em relação ao bem jurídico tutelado.

Praticada a infração penal, nasce para o Estado o direito de aplicar a sanção abstratamente cominada, forma de retribuir o mal causado e meio (supostamente eficaz) de inibir a reincidência. Para tanto, exige-se o devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que impõe a pena individualizada de acordo com a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

No Brasil, em regra, as penas abstratamente previstas na lei penal são privativas de liberdade e/ou multa, não havendo cominação de penas restritivas de direitos, quase sempre substitutivas da reclusão, detenção ou prisão simples.

Veremos, primeiro, a aplicação da pena privativa de liberdade. Depois, as medidas alternativas (penas restritivas de direitos, multa e *sursis*).

2. FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O Código Penal, em seu artigo 68¹, adotou o sistema trifásico (ou Néelson Hungria) para o cálculo da pena privativa de liberdade. Assim, sobre a pena cominada (prevista no tipo penal), numa primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo às circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do CP; em seguida, fixada a pena-base, sobre ela incidirão eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66); por fim, encerrando o *quantum* da reprimenda, serão consideradas as causas de diminuição e aumento de pena previstas tanto na Parte Geral como na Especial do Código².

1. CP. Art. 68. *A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.*
2. Considerando que se trata de fases com fundamentos diversos, não pode o juiz compensar o elemento de uma delas com outro de fase distinta, como circunstâncias judiciais com atenuantes ou atenuantes com causas de aumento: “Em observância ao critério trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes não podem ser compensadas com circunstâncias judiciais desfavoráveis ou causa de aumento de pena. Nesse diapasão, a pretendida compensação é indevida, conforme inteligência do art. 68 do Código Penal, tendo em vista que tais elementos são valorados em fases distintas da dosimetria” (AgRg no HC 447.785/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11/09/2018).

É importante notar que as qualificadoras não fazem parte das etapas de fixação da pena, pois integram o preceito secundário do tipo penal e, deste modo, são consideradas como ponto de partida para a dosimetria da pena. Assim, se no crime de homicídio simples a aplicação da pena parte dos limites de 6 a 20 anos, no homicídio qualificado o cálculo da reprimenda penal parte da pena de 12 a 30 anos, sobre a qual incidirão as circunstâncias de cada uma das três etapas.

O método trifásico de aplicação da pena tem por objetivo **viabilizar o exercício do direito de as partes (acusação – incluindo a vítima – e defesa)** conhecerem com exatidão os parâmetros que conduziram o juiz à determinação da reprimenda.

Depois de calculada a pena privativa de liberdade, deve o Magistrado anunciar o regime inicial para seu cumprimento, bem como a possibilidade (ou não) de substituição da pena por medidas alternativas (restritivas de direitos, multa ou suspensão condicional da execução da pena – *sursis*).

Em síntese:

Sistema Trifásico		
Preceito Secundário Simples /Preceito Secundário Qualificado		
1ª FASE: fixar a pena-base atentando-se para as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP)	2ª FASE: fixar a pena intermediária, considerando as agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes (arts. 65 e 66 do CP).	3ª FASE: fixar a pena definitiva, aplicando as causas de aumento e diminuição de pena
* Fixada a pena definitiva, deve o Juiz anunciar o regime para seu inicial cumprimento * Por fim, deve aquilatar os requisitos que permitem: (A) substituição da pena privativa de liberdade por sanção alternativa ou (B) a suspensão condicional de execução da pena (<i>sursis</i>)		

Vejamos cada uma das etapas.

3. PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

Como já alertado, a primeira etapa de aplicação da sanção privativa de liberdade tem por **finalidade fixar a pena-base**, partindo do preceito secundário simples ou qualificado³ estampado no tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal: *culpabilidade, antecedentes, conduta social*,

3. Caso exista mais de uma circunstância qualificadora do crime (por exemplo, furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas, art. 155, § 4º, I, e IV, do CP), somente uma delas deverá ser aplicada como ponto de partida, ficando a outra relegada **(A)** à segunda fase de aplicação da pena, caso encontre previsão legal em uma das circunstâncias agravantes dos artigos 61 ou 62 do Código Penal, ou **(B)** à análise em sede de circunstâncias judiciais, ainda na primeira fase. A respeito, confira-se entendimento do STJ: “Havendo mais de uma qualificadora do delito, é possível que uma delas seja utilizada como tal e as demais sejam consideradas como circunstâncias desfavoráveis, seja para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, seja para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo” (AgRg no AREsp 830.554/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/09/2018).

*personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima*⁴⁻⁵⁻⁶.

Nota-se que o Código Penal não fixou o *quantum* de aumento para as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado. Esse montante, portanto, fica a critério do juiz, que deverá sempre fundamentar a sua decisão.⁷

A pena-base fixada acima do mínimo sem fundamentação dá ensejo à anulação da sentença nesse ponto. A instância superior deve reconhecer a nulidade e remeter os autos para que o juiz proceda à nova aplicação da pena, desta vez de forma motivada.

Note-se que o art. 315 do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), dispõe que **não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução**

4. Adotando a Constituição Federal um direito penal garantista, compatível, unicamente, com um direito penal do fato, temos doutrinadores criticando as circunstâncias subjetivas constantes do artigo 59 do CP. Aliás, seguindo essa linha crítica, o projeto do novo CP (ainda em discussão no Congresso) aboliu tais circunstâncias do artigo em comento. Ousamos discordar. Como estudamos no capítulo dos princípios do Direito Penal, adotamos um direito penal do fato (só fatos humanos exteriorizados pelo agente podem ser incriminados), mas, no momento da punição, não se pode ignorar o rol de condições pessoais do agente do fato, garantindo, com isso, a tão desejada justa individualização da pena, mandamento constitucional (art. 5º, XLVI). Com o advento da Lei 10.792/03, o magistrado conquistou importante instrumento na (árdua) tarefa de extrair do processo em julgamento as circunstâncias relacionadas no art. 59 do CP. O interrogatório judicial, com a referida Lei, foi dividido em duas partes, sendo que na primeira o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais (art. 187, § 1º, do CPP). Note-se que as indagações refletem o “roteiro” traçado pelo Código Penal para a fixação da pena-base.
5. A respeito das circunstâncias judiciais, decidiu o STF: “Descabe considerar como circunstância judicial negativa o bem protegido pelo próprio tipo penal. PENA – DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – CRIME SOCIETÁRIO – DIRIGENTE. O fato de o acusado ser dirigente da pessoa jurídica atrai a responsabilidade penal, não podendo servir, a um só tempo, à exacerbação da pena presentes as circunstâncias judiciais” (HC 106.380, Primeira Turma, DJe 01/08/2013).
6. Em virtude da obrigação de individualização, o juiz não pode, nos casos de concurso de agentes, aplicar a pena em bloco, isto é, uma só pena para todos os acusados. É preciso singularizar e aplicar as penas adequadas a cada um dos agentes. O STJ, no entanto, firmou a tese de que é possível, diante das circunstâncias e das características pessoais idênticas, fazer referência a elas apenas uma vez sem que isso caracterize ofensa ao princípio da individualização: “Não se constata qualquer irregularidade ou ausência de fundamentação concreta no fato de a Corte Estadual haver analisado as circunstâncias judiciais de forma conjunta para todos os réus, pois, havendo similitude entre as suas situações jurídicas, exatamente como na espécie, o julgador não é obrigado a realizar uma dosimetria para cada um deles.” (HC 376.674/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/05/2017).
7. Se, embora fundamentado o aumento, alguma circunstância é afastada pela segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, porque valorada erroneamente pelo juiz, o tribunal deve promover a redução proporcional da pena, sob pena de acabar atribuindo peso maior às demais circunstâncias mantidas e provocar a *reformatio in pejus*, vedada pelo art. 617 do CPP (STJ: EDv nos EREsp 1.826.799/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 08/09/2021).

ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁸

Da simples leitura do novo dispositivo – reprodução fiel do art. 489, §1º, do CPC –, conclui-se que a decisão deve fugir ao lugar comum, evitando frases feitas, verdadeiros “carimbos” que permitem sua reprodução em série, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem o mínimo de individualização. Deve ficar evidente o porquê de o juiz ter tomado aquela decisão. Nessa linha de raciocínio, menções genéricas às circunstâncias judiciais são repugnadas. Não basta afirmar, por exemplo, que a culpabilidade do autor do crime é acentuada; ou que as circunstâncias do crime demonstram sua gravidade. É preciso apontar por que determinado indivíduo agiu de forma mais reprovável e por que o crime é mais grave do que o normal.⁹

Decisões que se limitam a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos retratam, na realidade, pseudofundamentação, e por isso devem ser reprovadas. Se a decisão tem como único ou principal fundamento o precedente, seja ele obrigatório ou apenas persuasivo, e não estabelece o necessário *distinguishing*, deve ser considerada nula por falta de fundamentação (ou fundamentação deficiente).

Do mesmo modo, merece censura a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. É que, tratando-se de precedente vinculante, para que o julgador possa deixar de aplicá-lo é necessário que especifique quais diferenças entre os casos julgado e em julgamento tornam inadequada essa aplicação (*distinguishing*), ou, sendo competente para isso, que indique

8. O inciso V do art. 564 do CPP, inserido pela mesma lei, dispõe ser nula a decisão carente de fundamentação.

9. Sobre o tema, o STJ firmou a tese de que o aumento deve ser fundamentado em circunstâncias que extrapolem os elementos inerentes ao tipo penal: “O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.” (AgRg no HC 460.900/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23/10/2018).

a superação do entendimento anterior (*overruling*) ou a limitação de sua abrangência (*overriding*).

Devidamente fundamentada a necessidade do aumento, a jurisprudência sugere 1/6 para cada circunstância presente;¹⁰ a doutrina, 1/8. De todo modo, nesta etapa, **o juiz está atrelado aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal (art. 59, II, CP), não podendo suplantá-los.

Dentro desse espírito, o magistrado sentenciante deve partir da pena mínima para, reconhecendo presente circunstância desfavorável ao réu, dirigir-se na direção da pena máxima. Não havendo circunstâncias judiciais relevantes (ou presente somente circunstâncias favoráveis), a pena base deverá ser fixada no mínimo legal (respeitando, sempre, o limite mínimo trazido pelo preceito punitivo). A pena-base somente se afastará do patamar mínimo se estiverem presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.¹¹⁻¹²

10. AgRg no HC 666.815/PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 01/06/2021.

11. O STJ decidiu que o juiz não é obrigado a mencionar pelo nome a circunstância judicial utilizada para aumentar a pena. Sua obrigação consiste em fundamentar o aumento em aspectos que encontrem correspondência concreta nos fatos julgados: [...] 2. Se existe uma circunstância judicial específica destinada à valoração do passado desabonador do réu (antecedentes), revela-se uma imprecisão intitulá-la de personalidade ou de conduta social negativas. 3. Todavia, não se pode perder de vista que a dicção legal não impõe ao julgador a obrigatoriedade de nomear as circunstâncias legais. O que é cogente na tarefa individualizadora da pena-base é indicar peculiaridades concretas dos autos, relacionadas às oito vetoriais do art. 59 do CP. Se a sentença mencionar várias condenações definitivas anteriores do réu para aumentar a sanção básica, sem dar título algum à circunstância, não haverá vício no decurso. 4. As instâncias ordinárias mencionaram cinco condenações definitivas da paciente como justificativa para o recrudescimento da reprimenda na primeira fase da dosimetria. Entretanto, os registros não foram corretamente designados como maus antecedentes, mas sim como conduta social. O erro do pronunciamento está relacionado somente à atecnia na nomeação da circunstância legal. Assim, em habeas corpus, deve ser corrigida a palavra imprópria, para que o dado concreto levado em conta pelo juiz seja chamado de maus antecedentes. 5. A motivação da decisão (anotações criminais anteriores), que permitiu ao operador do direito expor a razão da escolha da sanção ao fato sob julgamento e possibilitou à defesa compreender e fiscalizar sua atuação, permanece hígida. O fundamento está relacionado à justa reprovação e prevenção do crime e não pode, portanto, ser desconsiderado apenas porque houve imprecisão na sua classificação, caso contrário seria conferido à ré, em igual intensidade, a mesma retribuição cabível aos agentes neófitos em práticas ilícitas, o que afrontaria o princípio da igualdade" (HC 501.144/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 10/03/2020).

12. Caso o juiz reconheça circunstâncias judiciais desfavoráveis e a segunda instância, atendendo a recurso exclusivo da defesa, afaste alguma delas, é obrigatória a redução proporcional da pena: "No acórdão embargado, o entendimento da Sexta Turma do STJ é no sentido de que "se em ação ou recurso exclusivo da defesa, for afastado o desvalor conferido a circunstâncias judiciais equivocadamente negativas, a pena-base deverá necessariamente ser reduzida, ao invés de se manter inalterada, pois proceder de maneira diversa implicaria o agravamento do *quantum* anteriormente atribuído a cada vetorial" (AgRg no HC 493.941/PB, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 28/05/2019). Por sua vez, no acórdão paradigma, entende a Quinta Turma desta Corte que a adoção de novos fundamentos pelo Tribunal de origem, mantido o *quantum* da pena fixado pelo Juízo de primeiro grau, não viola o art. 617 do CPP (AgRg no REsp 1.853.139/PA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/5/2020). Não obstante, nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal, a reforma prejudicial

E se ficar constatado o concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis?

Diz a doutrina que o magistrado deve invocar, por analogia, o artigo 67 do Código Penal (aplicando a preponderante)¹³. Concordamos com o raciocínio, desde que, no entanto, favoreça o réu, pois se o prejudicar, estaremos diante de analogia *in malam partem*, clara violação ao princípio da legalidade.

Vamos resumir (e concluir) o tema com exemplos:

Imaginemos um homicídio qualificado (pena de 12 a 30 anos). Não havendo circunstâncias judiciais relevantes, a pena-base deve ser fixada no mínimo (12 anos); só havendo circunstâncias judiciais favoráveis, pena-base também deve ser imposta no mínimo (12 anos), pois, nesta fase, o juiz está atrelado **aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário; só havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo, sendo que o **quantum de aumento fica a critério do juiz, demandando fundamentação** (12 anos + 1/6 = 14 anos); por fim, no concurso de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, é possível aplicar o art. 67 do CP, por analogia, desde que não prejudique o réu.

3.1. Culpabilidade do agente

Deve ser alertado, desde logo, que a circunstância judicial da “culpabilidade” nada tem a ver com a “culpabilidade” terceiro substrato do crime. Cuida-se, na verdade, do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente. Com base nesse raciocínio, o STJ decidiu que “encontra-se fundamentada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois as instâncias ordinárias consignaram que a quadrilha da qual fazia parte o Paciente “se destinava a realizar blitz com intuito de achacar motoristas e efetuar prisões ilegais deles com o fim de obter vantagem econômica, bem como torturar (crime equiparado a hediondo) presos ou pessoas que estavam sob a sua guarda”, o que empresta à conduta do Paciente especial reprovabilidade e não se afigura inerente ao próprio tipo penal”¹⁴⁻¹⁵.

somente poderá ocorrer na hipótese de previsão legal de recurso de ofício, em que se devolve ao Tribunal de Justiça todo o conhecimento da matéria, assim como nas situações em que houver recurso da acusação. Desse modo, afastada pelo Tribunal local uma circunstância judicial negativa reconhecida no édito condenatório, imperiosa é a redução proporcional da reprimenda básica. Isso, porque a proibição de reforma para pior não admite, em caso de recurso exclusivo da defesa, seja agravada a situação do recorrente, direta ou indiretamente” (STJ: EREsp 1.826.799/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acđ. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, j. 08/09/2021).

13. Art. 67 – No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.
14. HC 164.189/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/08/2013.
15. Para Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, essa circunstância impõe ao juiz observar “a posição do agente frente ao bem jurídico violado: **(A)** de menosprezo total (que se dá no dolo direto); **(B)** de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de **(C)** descuido (que está presente nos crimes culposos)” (Ob. cit., vol. 2 p. 514).

Na mesma linha, há inúmeras outras decisões do STJ em que a culpabilidade acen-
tuada tem sido admitida para exasperar a pena:

“O fato de o agente ter se aproveitado, para a prática do crime, da situação de vulnerabilidade emocional e psicológica da vítima decorrente da morte de seu filho em razão de erro médico pode constituir motivo idôneo para a valoração negativa de sua culpabilidade. De fato, conforme entendimento do STJ, ‘é possível a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade com base em elementos concretos e objetivos, constantes dos autos, que demonstrem que o comportamento da condenada é merecedor de maior reprovabilidade, de maneira a restar caracterizado que a conduta delituosa extrapolou os limites naturais próprios à execução do crime’”.¹⁶

“O cometimento de estelionato em detrimento de vítima que conhecia o autor do delito e lhe depositava total confiança justifica a exasperação da pena-base. De fato, tendo sido apontados argumentos idôneos e diversos do tipo penal violado que evidenciam como desfavoráveis as circunstâncias do crime, não há constrangimento ilegal na valoração negativa dessa circunstância judicial (HC 86.409-MS, Sexta Turma, DJe 23/10/2014)”.¹⁷

“1. Conforme disposto na decisão ora recorrida, quanto à culpabilidade, – conduta do réu extremamente reprovável, porquanto mostrou ter uma conduta premeditada e fria ao abordar a vítima em plena via pública e em horário de grande movimentação – tem-se que o fundamento apresentado é idôneo, pois houve a apresentação de elementos atinentes ao caso em concreto aptos a justificar a negatização de tal circunstância. 2. Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos autos, a premeditação do crime permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior (...). 3. A culpabilidade foi corretamente avaliada como desfavorável, isso porque a jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que ‘a premeditação e o preparo do crime são fundamentos válidos a exasperar a pena-base, especialmente no que diz respeito à circunstância da culpabilidade’”.¹⁸

“Na primeira fase da dosimetria, a culpabilidade foi valorada negativamente pelo fato de que as ameaças foram lançadas quando a

16. HC 264.459/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/3/2016.

17. HC 332.676/PE, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 3/2/2016.

18. AgRg no REsp 1.753.304/PA, Sebastião Reis Júnior, j. 16/10/2018.

vítima se encontrava com seu filho menor de idade, circunstância que revela maior desvalor na conduta do acusado.”¹⁹

“A utilização, por bacharel em direito, de seus conhecimentos acerca do exame da OAB para participar de esquema de fraude a essa seleção justifica a valoração negativa da culpabilidade do agente.”²⁰

“Tem-se por justificado o trato negativo da vetorial culpabilidade diante do fato de o réu ser praticante de artes marciais, o que, em se considerando os princípios éticos da prática desportiva, de não utilização da violência salvo em casos extremos, justifica validamente a exasperação da pena-base, porquanto evidencia maior reprovabilidade da conduta, sendo imprópria, de todo modo, a revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias na estreita via do especial”²¹.

3.2. Antecedentes do agente

Esta circunstância judicial representa a vida pregressa do agente, sua vida antes do crime (fatos posteriores não são considerados **nesta etapa**).

Num Estado Democrático norteado pelo princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), **inquéritos policiais em andamento** ou **já arquivados** (não importando o motivo) não devem ser considerados como maus antecedentes. O mesmo raciocínio se aplica às **ações penais em curso**²² ou **já encerradas com decisão absoluta** (não importando o seu fundamento)²³. Essa conclusão está consolidada na Súmula

19. AgRg no AREsp 1.964.508/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 29/03/2022.

20. AgRg no AREsp 2.101.521/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18/10/2022.

21. AgRg no AREsp 2.053.119/SC, Rel. Min. Jesuino Rissato (desembargador convocado do TJDF), j. 27/06/2023.

22. O STJ chegou a admitir que as ações penais em curso afastassem a causa de diminuição de pena no tráfico de drogas (AgRg no HC 515.327/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/10/2019). A Terceira Seção do tribunal, no entanto, decidiu que somente a existência de ações penais contra o acusado por tráfico não pode impedir a minorante, diante do princípio da presunção de inocência (REsp 1.977.027/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10/08/2022). Ações penais em andamento podem ter efeito na pretensão de registro de loteamentos e desmembramentos, pois o art. 18, inc. III, c, da Lei 6.766/79 exige que sejam apresentadas certidões negativas de ações penais relativas a crimes contra o patrimônio e contra a Administração Pública. Considera-se que não há ofensa à presunção de inocência, tratando-se apenas de uma precaução em relação a quem deve ser considerado legitimado para promover o parcelamento do solo. É uma limitação administrativa semelhante a várias outras que o agente pode sofrer após o recebimento da denúncia.

23. Segundo reiteradas decisões do STJ, embora as informações sobre inquéritos policiais arquivados e ações penais em que tenha havido absolvição ou extinção da punibilidade não possam ser elencadas em folha de antecedentes, não é possível exigir que essas informações sejam excluídas do banco de dados de institutos de identificação pessoal: “O Superior Tribunal de Justiça já enfatizou, em sucessivas decisões, que as anotações referentes a inquéritos e ações penais, em que houve absolvição ou extinção da punibilidade, conquanto não possam ser mencionadas na folha de antecedentes criminais, nem mesmo em certidão extraída dos livros em juízo, não podem ser excluídas do banco de dados do Instituto de Identificação, porque tais registros comprovam fatos e situações

nº 444 do STJ: “*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”. O Supremo Tribunal Federal, julgando recurso extraordinário com repercussão geral (591.054), decidiu que inquéritos e ações penais em curso não podem ser utilizados na definição dos antecedentes criminais²⁴.

Os atos infracionais e eventuais passagens pela Vara da Infância e Juventude também não são considerados para fins de antecedentes criminais do sentenciado. A imposição de medidas de proteção ou socioeducativas pode servir para balizar futuras medidas da mesma natureza caso o menor volte a cometer atos infracionais. O art. 122, inc. II, por exemplo, estabelece a possibilidade de internação “por reiteração no cometimento de outras infrações graves”. Mas a imposição dessas medidas não pode, na qualidade de maus antecedentes, influenciar a aplicação da pena-base em infração penal cometida após a maioridade, pois, não obstante o ato cometido pelo inimputável seja correspondente (semelhante) a um ilícito penal, as medidas impostas a ele têm sobretudo o propósito educativo, não se inserem nas clássicas finalidades da pena criminal.

São igualmente incapazes de gerar maus antecedentes as transações penais efetuadas pelo agente antes de cometer o crime pelo qual está sendo condenado. Em razão do caráter despenalizador da transação, o próprio art. 76 da Lei 9.099/95 estabelece, no § 4º, que, aceita a proposta, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que é registrada apenas e tão somente para impedir a concessão do mesmo benefício no prazo de cinco anos. Além disso, segundo o § 6º, a transação penal “não constará de certidão de antecedentes criminais”, justamente porque não pode ser encarada como mau antecedente.

Consideradas, portanto, as características da transação penal, o STJ firmou a tese de que seu registro não pode fundamentar o aumento da pena-base por maus antecedentes, nem tampouco pode ser considerado na segunda fase de aplicação da pena como agravante:

“2. Na esteira da Súmula 444 do STJ, ações penais em curso ou sem certificação do trânsito em julgado, registro da aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, além de ações penais em que houve a extinção da punibilidade e inquéritos arquivados ‘não podem ser utilizados como maus antecedentes, má

jurídicas e, por essa razão, não devem ser apagados ou excluídos, observando-se que essas informações estão protegidas pelo sigilo” (AgRg no REsp 1.751.708/SP, j. 05/02/2019).

24. Essa orientação, firmada em dezembro de 2014, tende a ser novamente objeto de discussão. Isso porque, em sessão plenária no dia 24 de junho de 2015, o tribunal, julgando dois habeas corpus nos quais se discutia a validade do aumento da pena em decorrência de inquéritos policiais e ações penais em curso (94.620 e 94.680), aplicou o entendimento firmado no recurso extraordinário, mas vários dos ministros ressaltaram que somente o faziam em respeito ao princípio da colegialidade, ou seja, decidiam contrariamente a seu posicionamento pessoal para prestigiar a orientação plenária. Mas a ministra Cármen Lúcia votou pelo indeferimento dos habeas corpus ressaltando que o princípio da colegialidade impõe aos ministros que se submetam à orientação antes firmada apenas nas decisões individuais e naquelas tomadas pelas Turmas. Para a ministra, se o tema voltar ao Pleno, nada impede novo debate. Considerando a ressalva de entendimento pessoal feita por outros ministros, é possível que o tribunal volte a se debruçar sobre o mesmo assunto e modifique a orientação firmada no julgamento do recurso extraordinário nº 591.054.

conduta social ou personalidade desajustada para fins de elevação da pena-base'. 3. Afasta-se a exasperação da pena-base imposta ao condenado pelo crime de furto (1 ano e 6 meses de reclusão) quando, em flagrante descompasso com aquele enunciado sumular, for considerado como antecedentes criminais ações não definitivamente julgadas e feitos já baixados, em que houve transação penal e suspensão condicional do processo".²⁵

Também não há maus antecedentes em virtude da celebração do acordo de não persecução penal de que trata o art. 28-A do CPP. Como dispõe o § 12 do art. 28-A, a celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para verificar se, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, o agente já foi beneficiado em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Não há, portanto, efeitos sobre a aplicação de pena futura.

☒ **Então o que configura maus antecedentes?**

Somente as condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência (arts. 61, I, e 63, ambos do CP), seja pelo decurso do prazo de 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I, CP), seja pela condenação anterior por crime militar próprio ou político (art. 64, II), seja pelo fato de o novo crime ter sido cometido antes da condenação definitiva por outro delito²⁶.

Imaginemos as seguintes situações:

(A) 6 anos depois de cumprir a pena por crime de furto, JOÃO pratica novo crime, agora de roubo. Considerando que o novo crime foi praticado após 5 anos de cumprimento da pena pelo crime anterior, JOÃO não é considerado reincidente (art. 64, I, do CP), mas portador de maus antecedentes;

(B) Condenado por crime que só pode ser praticado por militar, JOÃO pratica um furto, sendo condenado. Sabendo que a condenação por crime militar próprio não gera reincidência (art. 64, II, do CP), será considerado portador de maus antecedentes;

(C) JOÃO está sendo processado por roubo. Pratica furto antes da condenação pelo primeiro crime. Condenado por roubo, será considerado portador de maus antecedentes quando da condenação pelo crime de furto.

A comprovação dos maus antecedentes dispensa a emissão de certidões cartorárias, bastando a folha de antecedentes criminais (súmula 636 do STJ).

25. AgRg no HC 272.522/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 10/03/2015.

26. "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes (STJ – HC 185.894/MG – Sexta Turma – Nefi Cordeiro – DJe 05/02/2016)".

- ✓ **Existe limitação temporal para a condenação anterior ser considerada para efeitos de maus antecedentes (a exemplo do que já acontece com a agravante da reincidência)?**

Apesar de a maioria responder que não, **Cezar Bitencourt** discorda e explica:

“Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos ‘maus antecedentes’, adotando-se o parâmetro previsto para os ‘efeitos da reincidência’ fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho, *in verbis*: ‘o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência –, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal’²⁷.

A 2ª Turma do STF tem decisões que adotam esse entendimento:

“Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II – Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos”.²⁸

Mas, seguindo a orientação que vinha sendo desenhada pela 1ª Turma, o plenário do tribunal decidiu, em sede de repercussão geral, que o limite de cinco anos **não se aplica** aos maus antecedentes. Posteriormente, o tribunal ajustou a tese firmada para estabelecer que o aumento não é obrigatório, competindo ao juiz afastá-lo caso o considere desnecessário:

“Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”.²⁹

27. Ob. cit., p. 831-832.

28. HC 142.371/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30/05/2017.

29. RE 593.818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 25/04/2023.

O STJ, igualmente, segue a orientação de que o aumento é admissível:

“É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, à luz do artigo 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do artigo 59 do Código Penal”.³⁰

O aumento é admissível, não obrigatório em todas as situações nas quais a folha de antecedentes revela condenações passadas. Referindo-se ao direito ao esquecimento, o próprio STJ admite que o juiz avalie a necessidade de aumentar a pena na primeira fase:

“Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma valoração com cautela, na primeira fase da pena, para evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento”.³¹

3.3. Conduta social do agente

Trata-se do comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros.

É por conta do julgamento que se faz da conduta social na aplicação da pena que o réu costuma arrolar, em sua defesa, as chamadas **“testemunhas de beatificação”**, assim consideradas aquelas que nada sabem sobre os fatos, mas que têm contato suficiente com o acusado para depor sobre o seu comportamento pretérito.

Segundo o STJ, condenações passadas não podem ser utilizadas para aumentar a pena com fundamento na conduta social:

“A conduta social diz respeito à avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido. Conforme o Magistério de Guilherme de Sousa Nucci (in Código Penal Comentado, 18.^a ed. rev., atual. e ampl; Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 389), “conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica inculpatória”. 4. Rogério Greco diferencia detalhadamente antecedentes criminais de conduta social. Esclarece o Autor que o Legislador Penal determinou essa análise em momentos distintos porque “os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais”. Especifica, ainda, que as inculpações anteriores “jamais servirão de base para a conduta social, pois abrange todo o comportamento

30. AgRg no AREsp 1.075.711/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/05/2017.

31. AgRg no HC 613.578/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/03/2021.

do agente no seio da sociedade, afastando-se desse seu raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais” (in Curso de Direito Penal, 18.^a ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 684) [...] Em conclusão, o vetor dos antecedentes é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente.”³²

3.4. Personalidade do agente

Cuida-se, aqui, do retrato psíquico do delinquente. De maneira precisa, pontuou o Superior Tribunal de Justiça:

“A circunstância judicial referente à ‘personalidade do agente’ não pode ser valorada de forma imprecisa ou objetivamente desamparada porquanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência do Direito Penal do Autor.”³³

Há quem sustente que a correta valoração desta circunstância judicial só pode ser feita mediante estudo psíquico promovido por profissionais da área da saúde mental, pois, no âmbito estrito do processo penal, juízes não são capacitados para analisar traços pessoais cujos conceitos científicos não se encontram no âmbito jurídico, mas no de outras ciências como psicologia e psiquiatria. A tese, no entanto, não tem sido aceita nos tribunais:

“Este Sodalício entende que, para se atestar a personalidade negativa do réu, o magistrado deve utilizar-se de elementos concretos inseridos nos autos, justificantes da exasperação da pena-base cominada, sendo prescindível a realização de laudo pericial para tal constatação”.³⁴

Como tem decidido o STJ, condenações passadas não podem ser valoradas para aumentar a pena-base com fundamento na personalidade voltada para o crime:

“Quanto à personalidade do agente, a mensuração negativa da referida moduladora ‘deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos [...]’ (HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 11/3/2019) (STJ, AgRg no REsp 1918046/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021). ‘São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo,

32. REsp 1.794.854/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/06/2021.

33. STJ – Quinta Turma – REsp 513641 – Rel. Min. Felix Fischer – DJ 01/07/2004.

34. STJ: AgRg no REsp 1.406.058/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/04/2018.

homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo. [...]. Aliás, personalidade distingue-se de maus antecedentes e merece ser analisada, no contexto do art. 59, separadamente' (NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 390). [...] Em conclusão, o vetor dos antecedentes é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente.”³⁵

Havia no STJ decisões segundo as quais os atos infracionais eram aptos a exasperar a pena-base se considerados na personalidade do agente:

“Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes e nem se preste para induzir a reincidência, demonstra a “personalidade voltada para o mundo do crime” e inclinação para a prática delitiva, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria”.³⁶

Atualmente, no entanto, a orientação é diversa. Ainda que se considere que na análise da personalidade se faz um simples retrato psíquico, no qual o ato infracional não é tratado como se fosse um crime, mas como um aspecto que pode revelar inclinação para a prática de atos ilícitos, tem-se decidido que a conduta praticada quando o agente era inimputável não pode ter influência direta na pena aplicada:

“Conforme o entendimento firmado no âmbito na Terceira Seção, a prática de ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo, portanto, ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a título de antecedentes, personalidade ou conduta social. Precedente”.³⁷

Por outro lado, de acordo com diversas decisões proferidas pelo STJ, os atos infracionais podem influenciar a análise da personalidade do agente para fins cautelares:

“A Terceira Seção desta Corte firmou orientação de que ‘os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social. Se os atos infracionais não servem, por óbvio, como antecedentes penais e muito menos para firmar reincidência (porque tais conceitos implicam a ideia de ‘crime’ anterior), não podem ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros”’.³⁸

35. REsp 1.794.854/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/06/2021.

36. HC 198.223/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/02/2013.

37. HC 364.532/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 07/12/2017.

38. RHC 96.158/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 14/08/2018. O histórico de atos infracionais também pode ser utilizado, a depender das circunstâncias, para impedir a causa de diminuição de

3.5. Motivos do crime

Correspondem ao “porquê” da prática da infração penal. Entende-se que esta circunstância judicial só deve ser analisada quando os motivos não integrem a própria tipificação da conduta³⁹, ou não caracterizem circunstância qualificadora ou agravante, sob pena de *bis in idem*.

3.6. Circunstâncias do crime

Exige do magistrado a análise da maior ou menor gravidade do crime espelhada pelo *modus operandi* do agente. São as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, a relação do agente com a vítima, os instrumentos utilizados para a prática delituosa etc⁴⁰.

pena no tráfico em virtude da dedicação do agente a atividades ilícitas desde a adolescência: “Embora atos infracionais praticados na adolescência não constituam crime na acepção normativa do termo, não há como se olvidar que eles são - e acredito ser isso um consenso - fatos contrários ao Direito e implicam, sim, consequências jurídicas, inclusive a possibilidade de internação do menor. Isso, por si só, já seria suficiente para nos levar à seguinte reflexão: o Estatuto da Criança e do Adolescente não permite a internação quando tratar-se de ato infracional que não tenha sido cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa (art. 122, I), mas possibilita, sim, a imposição dessa medida mais gravosa quando o adolescente praticar ato infracional não violento de forma reiterada (art. 122, II). Veja-se, portanto, que a reiteração no cometimento de outras infrações graves já permite uma solução jurídica mais drástica para o adolescente infrator. Quando esse indivíduo completa 18 anos de idade - e, portanto, torna-se imputável -, essa mesma conduta deixa de ser considerada ato infracional e passa a ser, em seu sentido técnico-jurídico, classificada como crime. No entanto, do ponto de vista da essência do fato, não há distinção entre ambos, porque o fato, objetivamente analisado, é o mesmo. Diante de tais considerações, não se vê óbice a que a existência de atos infracionais possa, com base peculiaridades do caso concreto, ser considerada elemento apto a evidenciar a dedicação do acusado a atividades criminosas, até porque esses atos não estarão sendo sopesados para um agravamento da pena do réu, mas para lhe negar a possibilidade de ser beneficiado com uma redução em sua reprimenda” (ERESP 1.916.596/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 08/09/2021). Temos corrente lecionando que a possibilidade de utilização de atos infracionais pretéritos para afastar a referida minorante se dá quando eles forem análogos ao tráfico de drogas, a fim de caracterizar a dedicação a atividades criminosas.

39. Com fundamento nessa limitação, ao julgar embargos de divergência no recurso especial 1.196.136/RO (DJe 01/08/2017), o STJ considerou inadmissível aumentar a pena-base dos crimes de corrupção passiva e de concussão por ter o funcionário público agido por cobiça e com a intenção de obter obtenção de lucro fácil. Ora, os atos de solicitar e exigir vantagem indevida no exercício da função pública não têm outro propósito senão o de obter lucro fácil. É justamente porque a condição de funcionário público lhe facilita a prática do ato ilegal do qual provém a vantagem que o agente lança mão do cargo para cometer o crime. Trata-se, portanto, de circunstância que fundamenta a tipificação penal.
40. De acordo com o STJ, não pode o juiz, ao aplicar a pena relativa ao homicídio e à lesão corporal cometidos na direção de veículo automotor, considerar a alta velocidade para exasperar a pena, tendo em vista ser essa a circunstância que perfaz a imprudência, necessária para a caracterização do crime culposos (AgRg no HC 153.549/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/6/2015). Por outro lado, o tribunal admitiu a elevação da pena relativa a fato em que o agente cometeu homicídio e lesão corporal culposa porque conduzia o veículo imprudentemente para levar drogas a uma festa. De acordo com a decisão, “o fim de levar droga a uma festa representa finalidade que desborda das razoavelmente utilizadas para esses crimes, configurando justificativa válida para o desvalor” (AgRg no HC 153.549/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/6/2015).

3.7. Consequências do crime

São os efeitos decorrentes da infração penal, seus resultados, particularmente para a vítima, para sua família ou para a coletividade. Não se trata de algo relacionado necessariamente ao patrimônio, pois até mesmo danos psicológicos severos já foram admitidos para fundamentar o aumento da pena-base:

“As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. No caso em tela, essa circunstância mostrou-se de gravidade superior àquela esperada como decorrência da grave ameaça de um crime comum de roubo. Isso porque o crime em análise acarretou danos psicológicos à genitora da vítima, que inviabilizou até sua presença em juízo, e, especialmente, a seu filho, que desenvolveu, desde então, síndrome do pânico. Destarte, malgrado o aumento padrão sugerido da pena-base seja de 1/8, o aumento na fração de 1/6 mostrou-se proporcional à gravidade da circunstância valorada”.⁴¹

Da mesma forma, o STJ admite o aumento da pena no homicídio que vitima alguém entre quatorze e dezoito anos de idade. O homicídio contra o menor de quatorze anos é qualificado desde a entrada em vigor da Lei 14.344/22, que inseriu no § 2º do art. 121 do CP o inciso IX. Antes, essa forma de homicídio tinha a pena majorada em um terço nos termos do § 4º do art. 121. À época, a Terceira Seção do STJ firmou a orientação de que, se a vítima tem entre quatorze e dezoito anos, é possível aumentar a pena-base, tendo em vista que matar alguém nessa idade traz consequências mais graves, inclusive para a família, do que as provocadas em crimes contra pessoas de mais idade:

“1. Há divergência entre a Quinta e a Sexta Turmas na questão veiculada no recurso especial, qual seja, se a tenra idade da vítima constituiu fundamento idôneo para agravar a pena-base, especificamente no que se refere ao crime de homicídio, mediante valoração negativa das consequências do crime. 2. Deve prevalecer a orientação da Quinta Turma, no sentido da idoneidade da fundamentação, pois a tenra idade da vítima (menor de 18 anos) é elemento concreto e transborda aqueles insitos ao crime de homicídio, sendo apto, pois, a justificar o agravamento da pena-base, mediante valoração negativa das consequências do crime, ressalvada, para evitar bis in idem, a hipótese em que aplicada a majorante prevista no art. 121, § 4º (parte final), do Código Penal. 3. Agravo regimental improvido”.⁴²

No âmbito patrimonial, caso o prejuízo provocado pela conduta criminosa seja superior ao esperado, que já é contemplado na própria cominação da pena abstrata, é possível o aumento da pena-base:

“A pena-base foi fixada acima do mínimo legal por meio de fundamentação adequada, considerando que o paciente obteve considerável lucro em razão da conduta delitiva, em detrimento de grave

41. HC 401.764/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 07/12/2017.

42. AgRg no REsp 1.851.435/PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 12/08/2020.

prejuízo imposto aos cooperados. A fundamentação, bem assim o quantum de aumento se mostram idôneos, uma vez que as circunstâncias judiciais ultrapassam em muito os elementos intrínsecos ao tipo penal, o que indica maior reprovabilidade do ilícito, a ensejar reprimenda também mais gravosa, em obediência ao princípio da individualização da pena”.⁴³

Atualmente, com a redação conferida ao art. 387 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/08, o magistrado tem a possibilidade de fixar, na própria sentença condenatória, o valor mínimo indenizatório destinado à reparação dos danos causados. A análise das consequências do crime será o substrato para a fixação deste montante.

Também é admissível a majoração da pena-base em razão da repercussão internacional do crime:

“No caso, em que os réus foram condenados pelos crimes de tortura e ocultação de cadáver, diferentemente do que concluiu a Corte estadual, não há como atribuir essa repercussão tão somente aos interesses político-econômicos da época, que haveriam influenciado a imprensa.

Com efeito, o delito se tornou notório em decorrência da gravidade concreta do fato, que configurou um emblemático episódio de violência policial contra integrante da população preta e periférica do Rio de Janeiro, a provocar abalos sociais não apenas na comunidade local, como também no país e na comunidade internacional.”⁴⁴

3.8. Comportamento da vítima

Como já vimos, no direito penal não existe compensação de culpas (diferente do direito civil). Assim, a **culpa concorrente da vítima não elide**, não compensa a culpa do agente. Porém, **a culpa concorrente da vítima pode atenuar a responsabilidade do agente**. Da análise do comportamento da vítima é possível a atenuação⁴⁵ da responsabilidade do agente⁴⁶⁻⁴⁷.

43. AgRg no HC 463.788/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13/11/2018.

44. Processo em segredo de justiça, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. 22/08/2023.

45. O STJ tem decidido que esta circunstância judicial tem efeito favorável ou neutro. Nas situações em que a vítima se mantém inerte ou mesmo atua de forma a não prejudicar a empreitada criminosa, não é possível aumentar a pena-base com fundamento em seu comportamento: “(...) O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo inviável sua utilização de forma desfavorável ao réu. Na hipótese em que não houver interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, deve ser, pois, neutralizada. Precedentes (...)” (HC 345.409/MG, DJe 09/05/2017).

46. O STJ decidiu que nos crimes sexuais contra menores de catorze anos, a experiência sexual anterior e a suposta homossexualidade não podem servir para justificar a diminuição da pena em razão do comportamento da vítima (REsp 897.734/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 13/2/2015).

47. Curiosamente, essa circunstância não é mencionada no Código Penal Militar, que, ao tratar da aplicação da pena no art. 69, determina que o juiz analise “a gravidade do crime praticado e a

Exemplo: JOÃO, conduzindo em alta velocidade seu veículo automotor, atropela e mata ANTONIO, que atravessava a pista fora da faixa demarcada para pedestre. JOÃO responderá pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), apesar do descuido de ANTONIO. Entretanto, esse comportamento negligente de ANTONIO será sopesado no momento das circunstâncias judiciais.

1ª etapa: fixação da pena-base	
O juiz fixará a pena respeitando os limites (mínimo e máximo) trazidos pelo tipo simples ou qualificado	
Aplicação das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP):	
• Culpabilidade;	• Motivos;
• Antecedentes;	• Circunstâncias;
• Conduta social;	• Consequências do crime;
• Personalidade do agente;	• Comportamento da vítima.

4. SEGUNDA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

A segunda fase de aplicação da pena tem por **finalidade** encontrar a pena intermediária. O seu ponto de partida é a pena-base, fixada na etapa anterior, fazendo incidir sobre ela as circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes (arts. 65 e 66 do CP) previstas na Parte Geral do Código Penal.

Por encontrarem previsão na Parte Geral do Código, estas circunstâncias são chamadas de genéricas⁴⁸. Assim, as agravantes e atenuantes genéricas podem ser definidas como circunstâncias objetivas ou subjetivas que não integram a estrutura do tipo penal, mas se vinculam ao crime, devendo ser consideradas pelo juiz no momento de aplicação da pena.

O Código Penal, a exemplo da primeira fase, não fixou o *quantum* de aumento ou diminuição para as circunstâncias agravantes e atenuantes, deixando ao prudente arbítrio do juiz, que deverá sempre fundamentar a sua decisão⁴⁹. Também nesta etapa, apesar de

personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime”.

48. Nada impede que a legislação especial traga, para os crimes de que dispuser, atenuantes e agravantes próprias. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei de Crimes Ambientais, que prevê agravantes e atenuantes específicas para estes crimes.

49. Consagrou-se, na jurisprudência, que a fração deve ser de 1/6. Nesse contexto, se o magistrado concluir pela aplicação de fração outra, está obrigado a fundamentar sua decisão de maneira adequada, sob pena de nulidade. É o que entende o STJ: “Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação idônea” (HC 229.371 – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 04/09/2013). Segundo o próprio tribunal, a reincidência específica e a multirreincidência são situações que justificam o aumento maior (AgRg no HC 548.769/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10/03/2020). No caso da reincidência específica, a orientação é de que apenas

não haver previsão legal, entende a doutrina (seguida pela jurisprudência) que **o juiz está atrelado aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal, não podendo suplantá-los⁵⁰.

Em suma, o magistrado sentenciante deve partir da pena-base, fixada na etapa anterior, para, reconhecendo presente circunstância agravante, dirigir-se na direção da pena máxima. Havendo somente atenuantes, a pena intermediária caminha na direção do mínimo abstratamente previsto no preceito secundário (lembrando que, no caso da pena-base ter sido fixada no mínimo, não se aplica a atenuante). Não existindo circunstâncias relevantes (agravantes ou atenuantes), a pena intermediária simplesmente confirmará a pena-base.

☒ **E se ficar constatado o concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes?**

Aplica-se o artigo 67 do Código Penal, devendo a pena intermediária aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

☒ **Qual a ordem de preponderância no concurso de agravantes e atenuantes?**

Analisando a redação do art. 67 do CP, a jurisprudência estabeleceu a seguinte ordem: **1º) atenuantes da menoridade e da senilidade; 2º) agravante da reincidência; 3º) atenuantes e agravantes subjetivas; 4º) e, por fim, atenuantes e agravantes objetivas.**

Vamos resumir o que foi escrito até agora, com exemplos:

Imaginemos um furto simples, punido com reclusão de 1 a 4 anos. Não havendo circunstâncias judiciais relevantes, a sua pena-base deve ser fixada no mínimo (1 ano). Partindo para a segunda etapa, o juiz, percebendo que o sentenciado é reincidente, agrava a pena em 1/6, fixando a reprimenda intermediária em 1 ano e 2 meses; não havendo agravantes e atenuantes, a pena intermediária confirmará a reprimenda-base (1 ano); ainda que o magistrado se depare somente com atenuante, a pena intermediária será também de 1 ano, pois, nesta fase, o juiz está atrelado **aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário; por fim, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, aplica-se o art. 67 do CP.

circunstâncias excepcionais, devidamente explicitadas na sentença, justificam a incidência de fração maior: “A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso” (REsp nº 2.003.716/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25/10/2023). O STF, por sua vez, já decidiu que “A reincidência plúrima, observada a existência de 5 condenações anteriores, respalda a aplicação, no patamar de 1/2, da agravante respectiva” (HC 211.200 AgR/SP, Rel. Min. André Mendonça, j. 08/08/2022).

50. Nesse sentido, Súmula 231 do STJ. Esta orientação, no entanto, merece críticas, pois, não existindo previsão legal, a proibição viola a legalidade. Aliás, não permitir ao juiz reduzir a pena intermediária aquém do mínimo quando diante de uma atenuante, significa impedi-lo de individualizar a reprimenda, culminando, não raras vezes, por tratar sentenciados com condições distintas, com penas iguais (afrontando a isonomia).

4.1. Das agravantes

Analizadas as regras gerais das circunstâncias que devem ser consideradas pelo magistrado na segunda etapa do cálculo da pena privativa de liberdade, devemos aprofundar o estudo de cada uma, de forma isolada, começando pelas agravantes.

Desde logo, alertamos que as agravantes genéricas estão previstas nos arts. 61 e 62, ambos do CP, num **rol taxativo**, não se admitindo analogia para ampliar as hipóteses legais.

☒ As agravantes sempre agravam a pena?

O artigo 61, *caput*, do CP, antes de apresentar as circunstâncias que agravam a pena, anuncia: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, **quando não constituem ou qualificam o crime** [...]”.

A regra, portanto, avisa que as agravantes sempre agravam a pena, mas temos exceções:

1ª) Para evitar a dupla valoração em prejuízo do réu (*bis in idem*), o legislador veda a incidência de agravante quando a circunstância já constitua elementar do crime ou sua qualificadora.

Exemplo 1: JOÃO, com intenção de causar o aborto do feto de MARIA, desfere socos em sua barriga. JOÃO responderá por aborto não consentido (art. 125 do CP), não incidindo a agravante do “crime contra a mulher grávida”, pois esta condição da vítima já figura como elementar do crime.

Exemplo 2: ANTONIO consegue vantagem ilícita, para si, em prejuízo de JOSÉ, pessoa idosa (com mais de 60 anos), induzindo a vítima em erro. ANTONIO responderá por estelionato (art. 171 do CP), não incidindo a agravante “contra maior de 60 anos”, pois esta condição etária do ofendido, nos termos da Lei 13.228/2015, passou a majorar a pena do crime patrimonial.

2ª) Lembramos, ainda, que, por força de interpretação jurisprudencial, a pena intermediária não pode extrapolar a sanção máxima cominada ao tipo penal. Em outras palavras, na segunda fase de aplicação da pena, o juiz está adstrito aos limites previstos no tipo penal. Assim, se a pena-base for fixada no máximo, a agravante não incidirá.

Exemplo: Num crime de furto (art. 155, *caput*, do CP), o juiz, analisando as circunstâncias judiciais abundantemente desfavoráveis, fixa a pena-base no máximo (4 anos). Na segunda fase, apesar de o réu ser reincidente, não pode essa circunstância agravar a pena (o que resultaria numa sanção intermediária acima do máximo abstratamente previsto para o crime).

3ª) Por fim, atento ao disposto no artigo 67 do Código Penal, constatado o concurso entre agravantes e atenuantes (assunto já estudado), não incidem aquelas quando estas forem preponderantes.

Exemplo: Num crime de lesão corporal dolosa de natureza grave (art. 129, § 1º, do CP), o juiz, analisando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa a pena-base acima do mínimo (1 ano e 6 meses). Na segunda fase, apesar de o réu ser reincidente, era menor de 21 anos na data dos fatos, circunstância preponderante, devendo atenuar a pena.

✓ As agravantes incidem em todos os crimes?

Em regra, só incidem sobre os crimes dolosos (devendo ficar demonstrado que o agente tinha conhecimento da sua existência). Excepciona-se a agravante da reincidência, também aplicável nos culposos⁵¹.

✓ Agravante não articulada na denúncia pode ser reconhecida?

É sabido que deve haver perfeita relação entre o fato narrado na denúncia ou queixa e aquele pelo qual o réu é condenado. Tal vínculo, fundamental e imprescindível entre a imputação e a sentença, decorre do **princípio da correlação, da congruência ou da adstrição** da condenação com a imputação.

Contudo, nos termos do artigo 385 do Código de Processo Penal⁵², entende-se perfeitamente possível reconhecer circunstância agravante não articulada na denúncia, procedimento que, segundo a orientação majoritária, não ofende o princípio da adstrição:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, ‘não ofende o princípio da correlação a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal’. Precedentes.”⁵³

51. No que diz respeito aos crimes preterdolosos, não se pode ignorar que sua conduta-base é dolosa, sendo o resultado culposo mera consequência, constituindo elemento relevante em sede de determinação da quantidade da pena. Dentro desse espírito, na análise das agravantes, os crimes preterdolosos devem ser tratados como dolosos, admitindo todas as agravantes dos arts. 61 e 62 do CP. Nesse sentido, aliás, decidiu o STJ: “É possível a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, “c”, do CP nos crimes preterdolosos, como o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP). De início, nos termos do art. 61, II, “c”, do CP, são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, ter o agente cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. De fato, apesar da existência de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, entende-se que não há óbice legal ou incompatibilidade qualquer na aplicação da citada agravante genérica aos crimes preterdolosos. Isso porque, nos crimes qualificados pelo resultado na modalidade preterdolosa, a conduta-base dolosa preenche autonomamente o tipo legal e o resultado culposo denota mera consequência que, assim sendo, constitui elemento relevante em sede de determinação da medida da pena. Ademais, o art. 129, § 3º, do CP descreve conduta dolosa que autonomamente preenche o tipo legal de lesões corporais, ainda que dessa conduta exsurja resultado diverso mais grave a título de culpa, consistente na morte da vítima. Assim, no crime de lesão corporal seguida de morte, a ofensa intencional à integridade física da vítima constitui crime autônomo doloso, cuja natureza não se altera com a produção do resultado mais grave previsível mas não pretendido (morte), resolvendo-se a maior reprovabilidade do fato no campo da punibilidade. Além do mais, entende a doutrina que nos casos de lesões qualificadas pelo resultado, o tipo legal de crime é o mesmo (lesão corporal dolosa), não se alterando o tipo fundamental, apenas se lhe acrescentando um elemento de maior punibilidade (REsp 1.254.749-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 6/5/2014)”.
52. CPP. Art. 385. *Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.*
53. AgRg nos EREsp 1.587.239/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 12/06/2019.

Passemos ao estudo das circunstâncias agravantes de pena previstas no Código Penal, obedecendo a sequência legal (arts. 61 e 62).

4.1.1. Reincidência (art. 61, I)

Segundo dispõe o art. 63 do CP, “*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”.

Tal dispositivo deve ser complementado pelo artigo 7º da Lei Contravenções Penais: “*Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma **contravenção** depois de passar em julgado⁵⁴ a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção*”.

Assim, podemos dizer que são **pressupostos** da reincidência **(A)** trânsito em julgado de sentença penal condenatória por infração penal anterior⁵⁵ e **(B)** cometimento de nova infração penal.

Sintetizando, temos que:

1º momento	2º momento	Consequência
Condenação penal definitiva por crime no Brasil ou no estrangeiro	Cometimento de novo CRIME	Reincidência (art. 63 do CP)
Condenação penal definitiva por crime no Brasil ou no estrangeiro	Cometimento de CONTRAVENÇÃO penal	Reincidência (art. 7º da LCP)
Condenação penal definitiva por contravenção penal praticada no Brasil	Cometimento de nova CONTRAVENÇÃO	Reincidência (art. 7º da LCP)
Condenação penal definitiva por contravenção praticada no Brasil	Cometimento de CRIME	Não gera reincidência, por ausência de previsão. Contudo, gera maus antecedentes.

54. A dicção legal (“*depois de transitar em julgado*”, art. 63, CP) permite a conclusão de que se o novo crime for praticado no dia do trânsito em julgado do primeiro não gera reincidência, embora seja apto a gerar maus antecedentes.

55. O STJ se orientava no sentido de que a condenação por porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/06) gerava reincidência, pois, não obstante tenha havido despenalização em relação a esta infração penal, sua natureza criminoso permanece. A Quinta e a Sexta Turmas do tribunal, no entanto, modificaram sua orientação e têm decidido que embora se mantenha o caráter criminoso da infração, é desproporcional, diante da inexistência de sanção privativa de liberdade, sopesar a condenação para os efeitos da reincidência. Considerar, neste caso, em desfavor do agente a reincidência significa lhe conferir tratamento mais severo do que se houvesse sido condenado por contravenção penal, que, passível de prisão simples, não gera reincidência, como se extrai dos artigos 63 do Código Penal e 7º do Decreto-lei 3.688/41 (cf. REsp 1.672.654/SP, j. 21/08/2018 e HC 453.437/SP, j. 04/10/2018). O mesmo decidiu o STF (RHC 178.512 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22/03/2022).

1º momento	2º momento	Consequência
Condenação penal definitiva por contravenção penal praticada no estrangeiro .*	Cometimento de CRIME ou CONTRAVENÇÃO.	Não gera reincidência (art. 7º da LCP).
*. Deve ficar claro que a contravenção cometida no estrangeiro nunca gera reincidência. Isso porque não existe extraterritorialidade da lei penal brasileira quando se trata da contravenção penal		

Nos termos do artigo 9º do Código Penal, **não há necessidade de homologação, pelo STJ**, da sentença condenatória proferida no estrangeiro pela prática de crime para que sejam gerados os efeitos da reincidência. De fato, o dispositivo legal trata das hipóteses em que a sentença estrangeira deve ser homologada, sem prever tal obrigatoriedade, do que se depreende a desnecessidade do ato homologatório. Importante lembrar que o fato típico no país estrangeiro, mas atípico no nosso país, não gera reincidência (ex: o perjúrio é crime nos EUA, mas é fato atípico no nosso país).

A espécie de pena imposta ao crime cometido anteriormente não interfere na reincidência. Pode ter sido privativa de liberdade, restritiva de direito ou até mesmo de multa. É dizer: **a pena de multa é apta a gerar reincidência** (há corrente minoritária em sentido oposto).

Ocorrendo a extinção da punibilidade da infração anterior, para fins de reincidência, é preciso analisar dois fatores: **(A)** momento em que ocorreu a extinção da punibilidade e **(B)** espécie de causa extintiva da punibilidade. Confira o quadro abaixo:

Antes do trânsito em julgado NÃO GERA REINCIDÊNCIA	Depois do trânsito em julgado GERA REINCIDÊNCIA
Se a causa extintiva da punibilidade é anterior ao trânsito em julgado , não gera reincidência, já que impede a formação de seu primeiro requisito.	Se a causa é posterior ao trânsito em julgado, em regra, gera reincidência .
Ex: prescrição da pretensão punitiva.	Ex: prescrição da pretensão executória.
–	EXCEÇÕES: a) <i>Abolitio criminis</i> b) Anistia* c) Perdão judicial: por previsão do art. 120, CP**.
*. Essas causas apagam os efeitos penais da condenação, não havendo reincidência (ou mesmo maus antecedentes).	
**. CP. Art. 120 – A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.	

O Brasil adotou o **sistema da temporariedade da reincidência**, anunciando, no art. 64, I, do Código Penal, o seu **período depurador**: “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.⁵⁶

56. A contagem do período depurador se inicia com o cumprimento ou a extinção da última sanção penal aplicada no delito anterior. Se, por exemplo, o condenado termina de cumprir a pena privativa

Exemplo: No ano de 2000, JOÃO foi condenado definitivamente pelo crime de homicídio ao cumprimento de 6 anos de reclusão. Em 2006 a sanção foi integralmente executada. Em 2012, JOÃO pratica novo crime. Na sentença do novo crime, o magistrado não pode reconhecer a agravante da reincidência, porque superado o período depurador. A condenação anterior servirá, no entanto, como maus antecedentes (circunstância judicial norteadora da pena-base).

A **natureza do delito** praticado poderá impedir a reincidência em caso de crime futuro. Nesse contexto, o artigo 64, II, do Código Penal, dispõe que não se consideram para efeito de reincidência os crimes **militares próprios** e os crimes **políticos**.⁵⁷⁻⁵⁸

Quanto aos **crimes militares próprios**, assim considerados aqueles que encontram tipificação apenas no Código Penal Militar (ex: deserção, motim, dentre outros), deve-se observar que somente não gerarão reincidência se o crime posteriormente praticado for um crime comum ou militar impróprio (ex: homicídio). Tendo o agente praticado dois crimes militares próprios, por força do artigo 71 do Código Penal Militar, será considerado reincidente.

Crime anterior	Crime posterior	Reincidência	Fundamento
Militar próprio	Militar impróprio	Não	Art. 64, II, CP
Militar próprio	Comum	Não	Art. 64, II, CP
Militar próprio	Militar próprio	Sim	Art. 71, CPM

A reincidência tem **natureza jurídica** de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal⁵⁹. Por este motivo, não se comunica aos demais concorrentes do crime, nos termos do artigo 30 do Código Penal.

de liberdade, mas a pena de multa é extinta pelo pagamento somente um ano depois, esta é a data a partir da qual devem ser contados os cinco anos. É a interpretação mais adequada em decorrência de decisões que têm sido proferidas pelos tribunais superiores para estabelecer a natureza penal da multa e para impedir a declaração de extinção da pena sem o pagamento (cf. STF: ADI 3150; STJ: ProAfR no REsp 1.785.861/SP). Nesse tanto, é importante lembrar que o STJ admite a extinção da pena, mesmo sem o pagamento da multa, no caso de reeducando pobre: "Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade." Essa foi a tese fixada pela Terceira Seção do Tribunal, sob a sistemática dos recursos repetitivos, ao revisar o entendimento firmado anteriormente pelo colegiado no Tema 931. Os ministros estabeleceram um tratamento diferente para o caso de não pagamento da multa pelos condenados hipossuficientes ou insolventes.

57. Sobre o conceito de crime político, remetemos o leitor aos comentários à classificação doutrinária de crimes.
58. Os crimes eleitorais caracterizam atitudes antissociais lesivas à regra jurídica preestabelecida em proteção aos atos eleitorais, do alistamento do eleitor à diplomação do eleito. Não pertencem, contudo, ao rol dos crimes políticos.
59. Conforme dispõe o § 2º do art. 310 do CPP (inserido pela Lei 13.964/19 – Pacote Anticrime), a reincidência impede que o juiz conceda liberdade provisória, ainda que com medidas cautelares. A inovação, em que pese aplaudida por muitos, parece que não passará pelo crivo de constitucionalidade do legislador constitucional negativo. Atualmente, a orientação do STF é de que vedações em

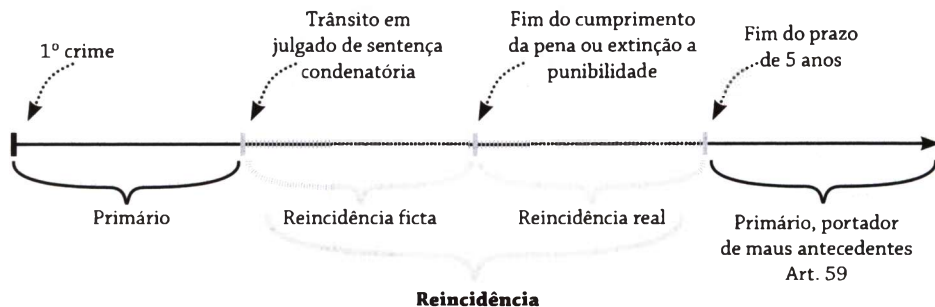
A doutrina distingue algumas espécies de reincidência:

(A) Reincidência real

Ocorre quando o agente comete novo crime após ter efetivamente cumprido a totalidade da pena pelo crime anterior (e antes do prazo de cinco anos – período depurador).

(B) Reincidência ficta

O agente comete novo crime após ter sido condenado definitivamente, mas antes de ter cumprido a totalidade da pena do crime anterior (o prazo da caducidade da reincidência sequer começou a correr).



Analisando o quadro acima, se JOÃO praticar novo crime antes do trânsito em julgado do primeiro, será considerado primário; se o novo crime for praticado após o trânsito em julgado, mas antes do efetivo cumprimento da pena pelo primeiro delito, será considerado reincidente (reincidência ficta); se o novo crime ocorrer após o cumprimento da pena pelo crime anterior, mas antes do prazo depurador de 5 anos, JOÃO será rotulado como reincidente (reincidência real); por fim, praticado o novo crime após o período de caducidade da reincidência, JOÃO volta a ser primário, mas portador de maus antecedentes.

(C) Reincidência genérica

Ocorre quando os crimes praticados pelo agente são de espécies distintas.

(D) Reincidência específica

Ocorre quando os dois crimes praticados pelo condenado são da mesma espécie.

Via de regra, os efeitos da reincidência são análogos para uma e outra espécie. Não obstante, em algumas situações, a reincidência específica pode obstar a concessão de alguns benefícios. É o que ocorre, por exemplo, no art. 83, V, do Código Penal (redação dada pela Lei nº 8.072/90), que veda o livramento condicional nos crimes hediondos ou equiparados e no tráfico de pessoas quando o condenado é reincidente específico em crimes dessa natureza.

abstrato à concessão da liberdade provisória contrariam a Constituição Federal, devendo o juiz sempre fundamentar a proibição aquilatando as circunstâncias do caso concreto. Além disso, cremos que a reincidência como critério para vedação da liberdade provisória merece atenção (e críticas), pois há possibilidade de reincidência gerada em crime menos grave, ou até em delito culposos, o que, por si só, não deve gerar presunção de periculosidade.

A **prova da reincidência** deve ser feita através de certidão cartorária. Contudo, o STJ tem flexibilizado esta exigência, admitindo a comprovação através de folha de antecedentes criminais. Nesse sentido: “A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência”.⁶⁰ Seguindo a mesma linha, o STF decidiu que a reincidência pode ser comprovada inclusive por informações extraídas de páginas de internet mantidas pelos tribunais:

“1. A prova da reincidência exige documentação hábil que traduza o cometimento de novo crime depois de transitar em julgado a sentença condenatória por crime anterior, sem exigir, contudo, forma específica para a comprovação (artigo 63 do CP). 2. Afirmada a reincidência a partir de informações processuais extraídas dos sítios eletrônicos dos Tribunais, inviável concluir de forma diversa na via estreita do habeas corpus, à mingua de prova pré-constituída apta a desconstituir o conteúdo estabilizado nas instâncias antecedentes. 3. Agravamento regimental conhecido e não provido”.⁶¹

☒ **Condenação passada pode servir como maus antecedentes e, ao mesmo tempo, agravante da reincidência?**

Tal raciocínio deve ser peremptoriamente afastado, já que implica nefasto *bis in idem*. Nesse sentido, o STJ firmou entendimento sumulado de que: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial” (Súmula nº 241). Nada obsta, entretanto, que tendo o agente diversas condenações pretéritas, uma delas seja utilizada na primeira fase de aplicação da pena, como maus antecedentes, e a outra na segunda, a título de reincidência:

“É firme o entendimento desta Corte Superior de que, em se tratando de agente que ostenta mais de uma condenação definitiva anterior, não configura *bis in idem* nem ofensa à Súmula 241 do STJ a utilização de anotações criminais distintas na primeira e segunda etapa da dosimetria para reconhecer, respectivamente, os maus antecedentes e a agravante de reincidência. Precedentes”.⁶²

“Dosimetria. *Bis in idem*. Não ocorrência. Paciente que apresenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada como circunstância judicial para fixação da pena-base e outra como agravante da reincidência”.⁶³

☒ **O instituto da reincidência, por si só, não caracteriza “bis in idem”?**

Parte considerável da doutrina compreende que a reincidência, por si só, gera *bis in idem*, na medida em que pune novamente o agente por um fato pelo qual ele já foi condenado. Nesse sentido, **Paulo Queiroz** assevera que:

60. Súmula 636.

61. HC 162.548/SP, Rel. Min. Rosa Weber, j. 16/06/2020.

62. STJ: HC 304.411/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 03/05/2018.

63. STF: HC 108.059/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/03/2013.

“A reincidência, ao implicar *bis in idem*, é inconstitucional, por violação aos princípios da legalidade e proporcionalidade, ao menos enquanto circunstância judicial de agravamento da pena. Além disso, nem sempre o réu reincidente é mais perigoso que o primário, como se presume. Assim, o autor de estupros seguidos, embora primário, certamente é bem mais ameaçador do que o condenado reincidente por pequenos furtos ou lesões corporais leves, por exemplo. Enfim, a reincidência não é garantia da maior perigosidade do infrator, a justificar, também por isso, a sua abolição pura e simples”.⁶⁴

A jurisprudência não tem acatado este entendimento, sob o fundamento de que o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88) demanda maior censura na aplicação da sanção daquele que reitera na prática delitiva. O STJ tem sido firme ao declarar que “a conduta do reincidente merece maior reprovabilidade, tendo em vista a sua contumácia em violar a lei penal. Portanto, não há se falar em duplo apenamento pelo mesmo fato, nem violação do princípio do *ne bis in idem*”⁶⁵.

No STF, o Plenário, ao julgar o RE 453.000, considerou constitucional o instituto de reincidência, afastando a ocorrência de *bis in idem*. Para o tribunal, que se fundamentou no conceito de agente recalcitrante,

“Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminoso”.

4.1.2. Motivo fútil ou torpe (art. 61, II, “a”)

Considera-se fútil o motivo insignificante, pequeno, ou seja, quando o móvel apresenta real desproporção entre o delito e sua causa moral.

Não se deve confundi-lo com o motivo injusto. Este é elemento integrante do crime. Para que se reconheça a futilidade da motivação é necessário que, além de injusto, o motivo seja realmente desproporcional.

Quando a razão do delito for vil, ignóbil, repugnante e abjeta, o motivo é considerado torpe.⁶⁶

64. Ob. cit., p. 84.

65. STJ – Sexta Turma – HC 213.196 – Rel. Min. Vasco Della Giustina (des. convocado do TJ/RS) – DJe 25/04/2012.

66. Julgando um caso de crime licitatório na área da saúde pública, o STJ estabeleceu que “Configura motivo torpe a conduta daquele que, mesmo sabendo da penúria observada no sistema de saúde do país, se locupleta em detrimento dele” (REsp 1.315.619/RJ – Quinta Turma – Rel. Min. Campos Marques – DJe 30/08/2013).

☑ **A vingança é motivo torpe?**

Entendemos que pode ou não constituir motivo torpe, dependendo da causa que a originou. A verificação se a vingança constitui ou não motivo torpe deve ser feita com base nas peculiaridades de cada caso concreto⁶⁷.

4.1.3. Crime cometido para facilitar ou assegurar a execução ou ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (art. 61, II, “b”)

Esta alínea enuncia hipóteses de conexão (vínculo) entre o crime e outros delitos.

A doutrina subdivide a conexão em *teleológica* (crime praticado para *assegurar a execução* de outro, *futuro*) e *consequencial* (quando o delito visa *assegurar a ocultação, a impunidade* ou *vantagem* de outro, *passado*)⁶⁸.

“Outro crime” de que fala o dispositivo pode ser de autoria do próprio agente ou pessoa diversa (ex.: furtar uma arma para que seu irmão pratique um assalto).

Se o crime foi praticado para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de uma contravenção penal, descabida a presente agravante, podendo configurar, conforme o caso, a do motivo torpe (ou fútil).

4.1.4. Crime cometido com traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, “c”)

Serve como agravante do crime utilizar o agente de algum recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, exemplificando o Código alguns modos particularmente insidiosos de praticá-lo, como a *traição (ataque desleal)*, *emboscada* (ataque com surpresa) e *dissimulação (fingimento)*, cabendo, desse modo, a interpretação analógica.

A agravante da dissimulação cede ante a confissão espontânea:

“A atenuante da confissão espontânea deve preponderar sobre a agravante da dissimulação, nos termos do art. 67 do Código Penal.”⁶⁹

4.1.5. Crime praticado com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (art. 61, II, “d”)

A pena do crime deve ser agravada quando cometido com emprego de meio insidioso, cruel (aumenta inutilmente o sofrimento da vítima) ou de que possa resultar perigo comum (capaz de atingir número indeterminado de pessoas).

Autorizando interpretação analógica, o legislador anuncia os seguintes exemplos:

(A) Emprego de veneno: o agente, no caso, para alcançar o intento criminoso, utiliza substância, biológica ou química, animal, mineral ou vegetal, capaz de perturbar ou destruir as funções vitais do organismo humano.

67. O mesmo raciocínio se aplica ao ciúme, devendo ser analisada a causa que o originou.

68. A conexão meramente *ocasional* (por ocasião de outro crime), sem vínculo finalístico, não serve como agravante.

69. HC 557.224/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 16/08/2022.

(B) Emprego de fogo ou explosivo: a utilização de fogo ou explosivo (qualquer objeto capaz de causar explosão), como meio de alcançar o resultado criminoso, revela o modo especialmente perverso escolhido pelo agente, podendo, inclusive, colocar em risco um número indeterminado de pessoas.

(C) Emprego de tortura: o emprego de tortura⁷⁰ demonstra também a expressiva crueldade do meio empregado pelo agente, revelando, ainda, sua índole ferina e depravada, que acaba por provocar na vítima sofrimento desnecessário.

A atual redação deste dispositivo legal é de 1984, quando ainda não havia a tipificação específica do crime de tortura (Lei 9.455/97). Atualmente, se o crime é cometido com emprego de tortura há concurso, exceto se não preenchidos os requisitos do tipo penal especial.

4.1.6. Crime praticado contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, “e”)

Essa agravante não se aplica ao parentesco por afinidade ou à união estável, pois não se admite interpretação *in malam partem*, desautorizada pelo princípio da legalidade.

Ressalta **Cléber Masson**:

“O sujeito deve efetivamente aproveitar-se das facilidades que o parentesco ou o matrimônio lhe proporcionam, pois caso contrário não terá incidência o dispositivo legal”⁷¹.

Para sua configuração exige-se **prova documental** do parentesco ou do vínculo matrimonial, nos termos do artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

4.1.7. Crime praticado com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher, na forma da lei específica (art. 61, II, “f”)

Manifesta o agente, nesses casos, clara insensibilidade moral, violando sentimentos de estima, solidariedade e apoio mútuo que deve nutrir para com pessoas sob sua autoridade ou parentes ou, ainda, pessoas com quem convive.

Pode o incauto imaginar que a agravante do “abuso de autoridade” está ligada ao excesso praticado por servidor público no exercício da função. Engana-se. A violação dos deveres funcionais no âmbito do direito público faz parte da alínea seguinte (“g”). Aqui, a expressão “abuso de autoridade” relaciona-se ao excesso nas relações privadas, nas quais

70. A Lei nº 12.847/13 instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A Lei estabelece a criação de diversos mecanismos contra a tortura, como o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura- SNPCT, composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – CNPCT, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional.

71. Ob. cit., p. 612.

o agente exerce uma ascendência sobre o ofendido (exemplo: tutor e tutelado), fora dos casos de exercício de cargo, ofício, ministério ou profissão (hipóteses que também configuram a próxima alínea).

O dispositivo anuncia que a pena do crime será agravada quando cometido prevalecendo-se o agente das relações domésticas⁷²⁻⁷³, de coabitação ou de hospitalidade.

Sabendo que “prevalecer” tem o sentido de *levar vantagem, aproveitar-se da condição (ou situação)*, pensamos que a hipótese necessariamente pressupõe que o agente se valha da vantagem doméstica, de coabitação ou de hospitalidade em relação à vítima, merecendo interpretação restritiva.

Por “relações domésticas” entendem-se aquelas criadas no âmbito do espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança (inserindo-se, na hipótese, a relação do patrão em face da empregada)⁷⁴.

A redundância parece presente quando se depara com a agravante da “coabitação” (moradia sob o mesmo teto), abrangida pela hipótese anterior (relações domésticas).

Nas relações de “hospitalidade” preocupa-se a lei com a relação existente na estada provisória. Com razão, alerta **Cleber Masson**:

“Afasta-se a relação de hospitalidade quando o agente ingressa, clandestina ou astuciosamente, ou ainda com violência, na moradia do hospedeiro, uma vez que depende do seu consentimento para caracterizar-se”⁷⁵.

Por fim, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) foi responsável por acrescentar a agravante do crime praticado com predicados de violência de gênero (preconceito e discriminação) contra a mulher. A utilidade dessa inovação é nenhuma, pois essa espécie de

72. A Lei nº 13.104/15 alterou o art. 121 do CP para nele incluir o “feminicídio”, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, baseada no gênero). A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Com a novel Lei, o feminicídio passa a configurar a sexta forma qualificada do crime de homicídio, punido com pena de reclusão de 12 a 30 anos, etiquetado como delito hediondo, sofrendo os consecutórios da Lei nº 8.072/90. Com a alteração legal, portanto, não mais incide a presente agravante nos casos de homicídio cometido no âmbito doméstico e familiar, evitando-se assim o *bis in idem*.

73. Segundo tem decidido o STJ, não há *bis in idem* na exasperação da pena do estupro de vulnerável cometido pelo genitor ou pelo padrasto da vítima quando o juiz considera a causa de aumento de pena do art. 226, inciso II, do CP e a agravante do art. 61, inciso II, f. A majorante menciona expressamente as figuras do ascendente e do padrasto, ao passo que a agravante se refere ao crime cometido “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. Segundo o tribunal, os aumentos são compatíveis porque o fato de se tratar de ascendente ou padrasto não impõe que a vítima resida com o autor e, portanto, esteja submetida às relações domésticas com ele. Trata-se, portanto, de circunstâncias distintas (AgRg no REsp 1.929.310/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 24/08/2021; HC 362.628/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 19/02/2019).

74. A união estável, excluída da hipótese anterior, pode ser enquadrada nesta.

75. Ob. cit., p. 656.

violência já estava abrangida pelas agravantes relacionadas nessa alínea (prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade) ou na anterior (crime contra ascendente, descendente ou irmão). De acordo com o STJ, a imposição desta agravante em condenação pelo delito do art. 129, § 9º, do CP, por si só, não configura *bis in idem*:

“A figura qualificada do crime de lesão corporal prevista no § 9º, ou a causa de aumento, § 10, e a agravante genérica não possuem o mesmo âmbito de incidência, não redundando, pois, em uma dupla punição pelo mesmo fato. A causa de aumento do § 10 do art. 129 do CP pune mais gravemente o agente que pratica a lesão corporal utilizando-se das relações familiares ou domésticas, circunstância que torna a vítima mais vulnerável ao seu agressor e também eleva as chances de impunidade do agente. Nessa hipótese, a vítima pode ser tanto homem quanto mulher, já que a ação não é movida pelo gênero do ofendido. Assim, nesse caso, há maior reprimenda em razão da violência doméstica.

De outro lado, a agravante genérica prevista no art. 61, II, ‘f’, do CP visa punir o agente que pratica crime contra a mulher em razão de seu gênero, cometido ou não no ambiente familiar ou doméstico. Destarte, nessa alínea, prevê-se um agravamento da penalidade em razão da violência de gênero.

Ou seja, a aplicação conjunta da agravante e da causa de aumento pune o agressor pela violência doméstica contra a mulher. Tanto não há *bis in idem* que o legislador inseriu novo parágrafo no art. 129 do CP (§ 13), para punir com maior severidade exatamente a lesão corporal praticada contra a mulher, em razão da condição do sexo feminino, a denotar que o § 9º não abordava essa circunstância específica.

Não se olvida, contudo, que é possível cogitar-se a ocorrência de *bis in idem* em determinadas hipóteses de aplicação conjunta dos dois dispositivos em comento, como, por exemplo, quando se está diante apenas da circunstância de o crime ter sido cometido com prevalecimento das ‘relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.’”⁷⁶

4.1.8. Crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, II, “g”)

O estudo dessa agravante deve ser cindido para não gerar confusão.

A expressão “abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo” retrata comportamentos praticados por servidores públicos em geral (excesso no exercício da função pública, o abuso de poder)⁷⁷.

76. AgRg no REsp 1.998.980/GO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 08/05/2023.

77. Atente-se para o fato de que, se o comportamento abusivo do agente caracterizar crime autônomo (arts. 312 a 326 do CP ou Lei 13.869/19), afasta-se a aplicação da agravante, evitando o *bis in idem*.

Na violação de dever inerente a “ofício, ministério ou profissão” anuncia o legislador incidir a agravante nas transgressões ocorridas nas atividades de natureza privada.

Guilherme de Souza Nucci, lembrando as lições de **Hélio Tornaghi**, alerta:

“Nem sempre é possível distinguir essas quatro categorias: profissão, ofício, função e ministério, porque a mesma atividade pode, frequentemente, ser enquadrada em mais de uma. Poderá dizer-se que: a profissão, além de habitual é remunerada; o ofício pode não ser uma coisa nem outra; a função é um múnus exercido sem caráter profissional e o ministério é o desempenho altruístico de um alto encargo assumido com a finalidade de servir a outrem. Mas todas essas noções são vizinhas e têm muito em comum”⁷⁸.

4.1.9. Crime praticado contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, “h”)

Na alínea “h” o legislador considerou como agravantes condições peculiares da vítima, demandando prova de que o agente as conhecia, evitando, assim, responsabilidade penal objetiva⁷⁹.

(A) criança: nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, é a pessoa de até doze anos de idade incompletos (art. 2º, da Lei 8.069/90).

(B) maior de 60 anos: o Estatuto da Pessoa Idosa substituiu o termo “velho” por “pessoa maior de 60 anos”. Se por um lado a alteração foi feliz, abandonando uma expressão pejorativa, preferindo o critério cronológico ao biológico, por outro, esqueceu que idoso, nos termos do art. 1º do referido Estatuto, é todo aquele com idade **igual** ou

78. *Código Penal Comentado*. Ob. cit. p. 385.

79. Note-se que o STJ firmou orientação no sentido de que a agravante relativa ao crime cometido contra maior de sessenta anos incide independentemente do conhecimento do agente acerca da idade da vítima, pois trata-se de circunstância objetiva: “Quanto à alegação de que o paciente não teria conhecimento da idade da vítima, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a referida circunstância tem natureza objetiva, a qual independe do conhecimento do agente para sua incidência, uma vez que a vulnerabilidade do idoso é presumida” (HC 403.574/AC – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 30/05/2018). Parece-nos, no entanto, equivocada esta conclusão, pois, ainda que se trate de um dado objetivo, é necessário que o agente dele tenha conhecimento, tal como ocorre em outros casos de natureza semelhante, como na comunicabilidade de circunstâncias, condições e elementares do crime, ou mesmo no estupro de vulnerável, em que a idade da vítima também é um dado objetivo, mas, se o agente a ignora, e seu erro é escusável, incorre em erro de tipo. De qualquer forma, deve haver nexo entre a condição de vulnerabilidade da vítima e a execução do crime, pois, do contrário, não incide a agravante: “4. Hipótese na qual não se verifica qualquer nexo entre a ação do paciente e a condição de vulnerabilidade da vítima, pois o furto qualificado pelo arrombamento à residência ocorreu quando os proprietários não se encontravam no imóvel, já que a residência foi escolhida de forma aleatória, sendo apenas um dos locais em que o agente praticou furto em continuidade delitiva. De fato, os bens subtraídos poderiam ser de propriedade de qualquer pessoa, nada indicando a condição de idoso do morador da casa invadida. 5. Configurada a excepcionalidade da situação, deve ser afastada a agravante relativa ao crime praticado contra idoso, prevista no art. 61, II, 'h', do Código Penal” (HC 593.219/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 25/08/2020).

maior de 60 anos. O legislador, portanto, ignorou a pessoa idosa no dia do seu sexagésimo aniversário. Para incidir a agravante, não basta o agente praticar o crime contra vítima maior de 60 anos, mas deve essa condição ter relação com o crime praticado (aproveitando-se da fragilidade do ofendido).

(C) enfermo: é o doente, abrangendo qualquer distúrbio (permanente ou transitório) das funções de um órgão, da psique ou do organismo como um todo. Para **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio Molina**:

“O deficiente (quem conta com incapacidade para certas atividades em razão da deficiência física ou mental) deve ser equiparado ao enfermo (interpretação extensiva, que não chega a se confundir com analogia)”⁸⁰.

É imprescindível a pertinência lógica com o delito, devendo essa condição da vítima facilitar a ação do agente.

(D) mulher grávida, não importando o estágio da gestação, sendo necessário apenas o nexo entre essa condição da vítima e o crime praticado.

4.1.10. Crime praticado quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade (art. 61, II, “i”)

Também agrava a pena do crime quando praticado contra vítima sob imediata proteção da autoridade. O fato de estar circunstancialmente próximo de determinada autoridade não permite a incidência da agravante: é preciso estar sob sua imediata proteção (guarda, dependência ou sujeição). Explica **Cleber Masson**:

“Nessa situação é mais grave a punição, porque quem se encontra sob a proteção do Estado não deve ser ofendido por condutas criminosas. Diante da proteção do poder público, o agente revela destemor e incredulidade com a força dos poderes constituídos, merecendo mais rigorosa punição.

Proteção imediata significa guarda, dependência, sujeição. Destarte, enquadra-se nessa agravante o resgate de preso para ser morto por facção rival, mas não o crime cometido contra a vítima que se encontrava ao lado de um policial.”⁸¹.

4.1.11. Crime praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. 61, II, “j”)

As situações elencadas nesta alínea (incêndio, naufrágio, inundação, calamidade pública ou desgraça particular do ofendido) facilitam a prática do crime porque provocam grande atribulação que naturalmente diminui a capacidade de vigilância sobre o bem jurídico. A falta de solidariedade de quem comete o crime se aproveitando de um momento de fragilidade coletiva ou particular justifica o agravamento da pena.

80. Ob. cit. vol. 2 p. 521.

81. Ob. cit. p. 658.

O conjunto de circunstâncias que podem fazer a pena ser agravada é exemplificativo, pois a alínea inicia com algumas situações específicas e termina com a fórmula “ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido”, que comporta interpretação analógica.

Tem a pena agravada, por exemplo, o indivíduo que: a) a pretexto de socorrer alguém preso em um imóvel em chamas, aproveita para subtrair um bem pertencente ao morador; b) subtrai uma joia encontrada junto ao corpo do naufrago; c) vale-se de uma inundação para entrar em um estabelecimento comercial inoperante e subtrair mercadorias; d) aproveita o tombamento de um caminhão para subtrair as mercadorias que estavam sendo transportadas.

A calamidade pública decorre de um evento de grandes proporções que atinge número indeterminado de pessoas. A depender da magnitude de incêndios e inundações, esses eventos podem acarretá-la. É o caso de incêndios florestais que se alastram para zonas habitadas e provocam o êxodo dos moradores, que têm suas casas saqueadas; também há exemplos no rompimento de barragens que destroem áreas muito extensas e tornam seus habitantes vulneráveis à prática de crimes.

Mas os casos de calamidade podem ir muito além disso, como vimos no ano de 2020 durante a crise sanitária provocada pela pandemia do coronavírus. O Decreto Legislativo nº 6 de 2020 reconheceu, para propósitos fiscais, o estado de calamidade em âmbito nacional e diversos estados e municípios reconheceram a mesma situação em seus limites territoriais. Em decorrência disso, diversas restrições foram impostas para viabilizar a redução da contaminação pelo vírus e o tratamento dos acometidos pela doença. Uma das restrições atingiu o comércio, que em muitos lugares teve de permanecer fechado por alguns meses. Situações como esta certamente incentivam a prática de crimes contra o patrimônio, por exemplo. Logo, indivíduos que se aproveitam do estado de calamidade para ingressar em estabelecimentos fechados e subtrair bens devem ter a pena agravada.

Note-se que não obstante seja comum que os poderes constituídos reconheçam formalmente o estado de calamidade pública para facilitar a adoção das providências necessárias, a incidência da agravante dispensa a formalidade. Basta que se constate, por simples observação de um desastre natural, de uma crise sanitária ou de um ataque terrorista, por exemplo, que os efeitos provocados ultrapassam a esfera particular ou mesmo o âmbito de interesse de um grupo reduzido de pessoas. Seja como for, é imprescindível que se estabeleça uma relação entre a conduta criminosa e o estado de calamidade, ou seja, o criminoso deve se valer da situação excepcional para cometer o crime:

“Em relação à agravante prevista no art. 61, II, “j”, do Código Penal, verifica-se que a sanção do paciente foi novamente exasperada em 1/6, porque os fatos foram cometidos durante a pandemia do coronavírus, estado esse de calamidade pública; Todavia, entendo que deve ser afastada a referida agravante, pois sua incidência pressupõe a existência de situação concreta dando conta de que o paciente se prevaleceu da pandemia para a prática delitiva. Precedentes.”⁸²

82. STJ: AgRg no HC 677.124/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 03/08/2021.

4.1.12. Crime praticado em estado de embriaguez preordenada (art. 61, II, “I”)

Por fim, constitui agravante a embriaguez preordenada, situação em que o agente, propositadamente, se embriaga, encorajando-se à prática do crime.

Como bem lembra **Flávio Monteiro de Barros**:

“A palavra ‘embriaguez’ abrange a intoxicação aguda provocada não só pelo álcool como também por substâncias de efeitos análogos (p. ex.: cocaína, ópio, heroína etc.)”⁸³.

Nestes casos, para permitir a punição do agente ébrio, deve-se recorrer à teoria da *actio libera in causa* (assunto estudado no capítulo da culpabilidade e suas causas de exclusão).

4.1.13. Agravantes nos crimes praticados por duas ou mais pessoas (art. 62)

O artigo 62 do Código Penal disciplina as agravantes no caso de crimes praticados por duas ou mais pessoas (não necessariamente em concurso, como equivocadamente as rotulou o legislador)⁸⁴.

A pena será agravada em relação ao agente que:

(A) promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (coautor intelectual)⁸⁵⁻⁸⁶;

(B) coage ou induz outrem à execução material do crime (autor mediato);

(C) instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (autor mediato);

83. Ob. cit. p. 498.

84. Como bem alerta Cleber Masson: “A terminologia utilizada pelo legislador é inadequada. Afigura-se equivocado falar-se em agravante no ‘concurso de pessoas’. Concurso de pessoas, em termos técnicos, é a colaboração de dois ou mais agentes culpáveis para a prática de uma infração penal. E, como a pluralidade de agentes culpáveis é um dos traços característicos do instituto, essa expressão é imprópria, pois os incisos II e III do art. 62 dizem respeito a dois típicos casos de autoria mediata” (ob. cit. p. 659).

85. De acordo com o STJ, é possível incidir esta agravante na situação em que a condição de mandante do crime foi considerada para condenar o agente. Como decidiu o tribunal, desde que haja elementos concretos que justifiquem a exasperação da pena, “não há que se falar em bis in idem em razão da incidência dessa agravante ao autor intelectual do delito (mandante). De acordo com a doutrina, a agravante em foco objetiva punir mais severamente aquele que tem a iniciativa da empreitada criminosa e exerce um papel de liderança ou destaque entre os coautores ou partícipes do delito, coordenando e dirigindo a atuação dos demais, fornecendo, por exemplos, dados relevantes sobre a vítima, determinando a forma como o crime será perpetrado, emprestando os meios para a consecução do delito, independente de ser o mandante ou não ou de quantas pessoas estão envolvidas. Há, inclusive, precedente do STF (Tribunal Pleno, AO 1.046-RR, DJe 22/6/2007) indicando a possibilidade de coexistência da agravante e da condenação por homicídio na qualidade de mandante” (REsp 1.563.169/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 28/3/2016).

86. No Código Penal Militar existe a figura do “cabeça”, assim reputado quem dirige, provoca, instiga ou excita a ação nos crimes de autoria coletiva necessária (art. 53, § 4º). Há crimes em que essa circunstância atua como qualificadora (art. 142) e outros em que funciona como majorante (art. 149 do CPM).

(D) executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (concorrente mercenário).

4.2. Das atenuantes

Esgotadas as circunstâncias agravantes, passemos às **circunstâncias que atenuam a pena** (arts. 65 e 66, ambos do CP).

☒ As atenuantes sempre atenuam a pena?

A **regra** também é a de que as **atenuantes sempre atenuam a pena**, por previsão expressa do artigo 65, *caput*, do Código Penal. Porém, a doutrina alerta existirem (questionáveis) **exceções**:

1ª) Não incide a atenuante quando a circunstância já constitui ou privilegia o crime. Trata-se de exceção criada pela doutrina e que merece atenção. Estudamos que a razão de a agravante não incidir quando também qualifica ou constitui o crime é para evitar *bis in idem*. Em se tratando de atenuantes, não existe esse perigo. Logo, sem previsão legal (e que venha logo lei corrigindo essa lacuna), nos parece que esta exceção ofende o princípio da legalidade, configurando **analogia in malam partem**.

2ª) Por força de interpretação jurisprudencial, a pena intermediária não pode ficar aquém da sanção mínima cominada ao tipo penal. Em outras palavras, na segunda fase de aplicação da pena, o juiz está adstrito aos limites previstos no tipo penal. Assim, se a pena-base for fixada no mínimo, a atenuante não incidirá. Nesse sentido anuncia a Súmula 231 do STJ: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

No entanto, como já escrevemos, a orientação contida na súmula, sem amparo legal, ofende ao menos três princípios constitucionais: da legalidade, da isonomia e da individualização da pena. Vejamos o nosso raciocínio com a ajuda de um exemplo.

JOÃO (22 anos) e ANTONIO (19 anos) são condenados por homicídio (art. 121, pena abstrata de 6 a 20 anos). Ao aplicar a pena, o Magistrado não vislumbrou circunstâncias judiciais relevantes, ambos primários e apresentando bons antecedentes. Apenas ANTONIO apresenta circunstância atenuante (da menoridade), não existindo agravantes. Ausentes causas de aumento e diminuição de pena. Eis o caminho percorrido pelo Juiz:

	Condenado JOÃO (22 anos)	Condenado ANTONIO (19 anos)
1ª fase	PENA-BASE = 6 anos (circunstâncias judiciais favoráveis)	PENA-BASE = 6 anos (circunstâncias judiciais favoráveis)
2ª fase	PENA INTERMEDIÁRIA = 6 anos	PENA INTERMEDIÁRIA = 6 anos (o juiz identificou uma circunstância atenuante, da menoridade, porém não pode aplicá-la, já que a pena-base havia sido fixada no mínimo)
3ª fase	PENA DEFINITIVA = 6 anos	PENA DEFINITIVA = 6 anos

Percebam que, apesar de JOÃO e ANTONIO apresentarem condições distintas (ANTONIO era menor de 21 anos na data dos fatos), foram tratados de forma igual, ferindo a isonomia material. O juiz ficou impedido de individualizar a pena em relação a ANTONIO, ignorando suas condições pessoais, tudo em nome de uma vedação criada pela doutrina, sem amparo legal.

Discorrendo sobre o tema, **Cezar Bitencourt** esclarece:

“O entendimento contrário à redução da pena para quem do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes ‘sempre atenuam a pena’, independentemente e já se encontrar no mínimo cominado (...).

O equivocado entendimento de que ‘circunstância atenuante’ não pode levar a pena para quem do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma de 1984 (Lei nº 7.209/84).”⁸⁷.

3ª) Por fim, atento ao disposto no artigo 67 do Código Penal, constatado o concurso entre agravantes e atenuantes (assunto já estudado), não incidem estas quando aquelas forem preponderantes.

Exemplo: Num crime de homicídio (art. 121 do CP), o fato de o agente tê-lo cometido sob a influência de multidão é circunstância atenuante de pena. No entanto, ao analisar as condições pessoais do sentenciado, o juiz constata se tratar de alguém reincidente. Assim, na segunda fase, deve prevalecer a agravante da reincidência, circunstância preponderante.

☒ **As atenuantes incidem em todos os crimes?**

Sim. Diferente das agravantes, as atenuantes incidem nos crimes dolosos, culposos e preterdolosos.

Passemos ao estudo das circunstâncias que atenuam a pena, previstas no Código Penal, obedecendo a sequência legal (arts. 65 e 66).

4.2.1. Menoridade (art. 65, I, 1ª parte)

A pena deve ser atenuada quando o agente, à época do fato (da ação ou omissão – art. 4º, CP), era menor de 21 anos de idade (menoridade relativa).

O legislador penal parte da premissa que a pessoa, antes de completar o 21º aniversário, é imatura, apresentando personalidade em desenvolvimento.

87. Ob. cit. p. 844.

De acordo com a maioria, tal premissa foi mantida, mesmo com o advento do Código Civil de 2002 que, no seu art. 5º, anuncia que a menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

A opção estampada no Código Civil não revogou a atenuante da menoridade relativa trazida pelo art. 65 do CP, preocupando-se o direito penal com a **idade biológica** do agente (não considerando sua capacidade civil).

Nos termos da Súmula nº 74 do STJ, *“para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”*, o que revela a desnecessidade de identidade ou certidão de nascimento, se existir outro meio idôneo para a comprovação.

Tratando-se de um atributo da personalidade do agente, a menoridade é circunstância preponderante. De acordo com a orientação adotada pelo STJ, a atenuante se compensa com a agravante da reincidência, igualmente preponderante:

“A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a atenuante da menoridade deve ser compensada com a agravante da reincidência, pois igualmente preponderantes”⁸⁸.

4.2.2. Senilidade (art. 65, I, 2ª parte)

O artigo 65, I, 2ª parte, do CP, noticia que a pena deve ser atenuada quando o agente for maior de 70 (setenta) anos **na data da sentença**. Esclarece **Cleber Masson**:

“Velhice, ou senilidade, é a atenuante genérica incidente ao réu maior de 70 (setenta) anos ao tempo da sentença, qualquer que seja a data do fato. Fundamenta-se nas alterações físicas e psicológicas que atingem pessoas com idade avançada, aptas a influírem no ânimo criminoso, e também na menor capacidade que têm para suportar integralmente a pena, que por isso deve ser amenizada”⁸⁹.

O termo “sentença” compreende a decisão de 1º grau, salvo se absolutória, hipótese em que abrange o acórdão (condenatório).

Exemplo1: JOÃO, com 69 anos de idade, é condenado em primeiro grau. Recorre da decisão, sendo confirmada pelo Tribunal quando JOÃO já tinha mais de 70 anos. Não incide a atenuante (o acórdão foi meramente confirmatório).

Exemplo 2: JOÃO, com 69 anos de idade, é absolvido da acusação constante na denúncia. O Ministério Público recorre e o Tribunal reforma a decisão, condenando JOÃO, que completou 71 anos de idade, nos exatos termos da acusação inicial. Nesse caso, tratando-se de acórdão condenatório, cabe a atenuante.

88. HC 381.012/SP, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 11/03/2017.

89. Ob. cit. p. 662.

É importante anotar que, apesar de a Lei 10.741/03 (Estatuto da Pessoa Idosa) considerar idoso aquele que tem mais de 60 (sessenta) anos, esse diploma não alterou a atenuante em estudo, preocupada apenas com a senilidade do sentenciado (presumida a partir dos 70 anos).

4.2.3. O desconhecimento da lei (art. 65, II)⁹⁰

Embora seja inescusável, a ignorância ou errada compreensão da lei funciona como atenuante genérica prevista no artigo 65, II, do Código Penal.

Não se confunde com erro de proibição:

Ignorância da Lei	Erro de Proibição
Nem sempre o agente que ignora a lei desconhece a ilicitude do seu comportamento.	Nem sempre o agente que desconhece a ilicitude do seu comportamento, ignora a lei.
Exemplo: JOÃO, apesar de ignorar que o desrespeito ao hino nacional é contravenção penal tipificada no art. 35 da Lei nº 5.700/71, passa a achincalhar a letra, sabendo que seu comportamento é reprovado socialmente.	Exemplo: JOÃO, mesmo sabendo que homicídio é crime, acredita que o tipo não alcança a eutanásia.
Serve como atenuante de pena.	Se inevitável, isenta o agente de pena; se evitável, reduz a sanção penal.

4.2.4. Motivo de relevante valor moral ou social (art. 65, III, “a”)

São circunstâncias que atenuam a pena ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor moral ou social.

Por motivo de **relevante valor moral** entende-se aquele ligado aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão.

Já o **relevante valor social** diz respeito aos interesses de toda uma coletividade, logo, nobre e altruístico.

Ambos os motivos (social e moral), porém, hão de ser relevantes, ou seja, de considerável importância.

4.2.5. Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (art. 65, III, “b”)

Anuncia o CP que a pena deve ser atenuada quando o agente, arrependido, espontaneamente (sem interferência externa), procurar evitar ou minorar as consequências do crime, ou, antes do julgamento, repara integralmente o dano.

90. A Lei de Contravenções Penais tem disposição expressa no sentido de que: “No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada” (art. 8º). Trata-se de hipótese específica de perdão judicial diante da ignorância da lei – em regra inescusável.

Deve ser lembrado que:

(A) Em se tratando de crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, a reparação do dano ou restituição da coisa até o recebimento da denúncia ou queixa serve como causa de diminuição de pena, prevista no art. 16 do CP (arrependimento posterior, que se contenta com a voluntariedade, não exigindo espontaneidade);

(B) No estelionato na modalidade de emissão de cheques sem fundos, a reparação do dano antes do recebimento da inicial obsta a instauração da ação penal (Súmula 554 do STF, *a contrario sensu*), não se aplicando o instituto do arrependimento posterior (previsto no art. 16 do CP) ou a atenuante em estudo.

(C) Em caso de peculato culposo, a reparação do dano ou restituição da coisa, se precede a sentença irrecorrível, é causa especial extintiva da punibilidade. Se lhe é posterior, é causa de redução de metade da pena (art. 312, §3º, CP).

(D) Nos crimes contra a ordem tributária, extingue a punibilidade o pagamento integral do débito tributário, nos termos do artigo 69 da Lei nº 11.941/2009, (aplicável tanto aos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 quanto aos arts. 168-A e 337-A do CP). Nesse sentido, tem eficácia meramente subsidiária o artigo 168-A, §2º, do Código Penal que também traz hipótese específica de reparação do dano.

(E) Por fim, nos crimes de menor potencial ofensivo, segundo procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, permite-se às partes a composição civil dos danos (art. 74 da Lei)⁹¹. Havendo, por ocasião desta conciliação, reparação do dano ou restituição da coisa, ocorrerá a extinção da punibilidade (vide parágrafo único do dispositivo).

4.2.6. Ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, “c”)

A alínea “c” traz uma série de circunstâncias atenuantes, começando pela coação (física ou moral) resistível. Não pode ser esquecido que a coação física irresistível exclui conduta; se moral, mas também irresistível, exclui a culpabilidade (art. 22, primeira parte, CP).

Em seguida, temos a atenuante da obediência hierárquica no cumprimento de ordem ilegal (se não claramente ilegal, exclui a culpabilidade do subalterno, respondendo pelo crime somente o superior, art. 22, segunda parte, CP).

91. No Estado de São Paulo, a Polícia Civil, por meio de seus departamentos regionais, criou os Núcleos Especiais Criminais (NECRIMs), destinados, nos crimes de menor potencial ofensivo cuja ação penal dependa de queixa ou esteja vinculada a representação do ofendido, a promover, na própria delegacia de polícia, a conciliação preliminar entre os envolvidos no fato delituoso, sempre na presença de representante da OAB. Note-se, contudo, que a simples conciliação preliminar não tem o condão de extinguir a punibilidade, pois, finalizado o ato, a autoridade policial remete o termo de conciliação, juntamente com o termo circunstanciado, ao Juizado Especial Criminal, onde haverá a apreciação pelo Ministério Público e pelo magistrado, que, considerando o procedimento em ordem, poderá determinar a extinção com base no art. 74 da Lei nº 9.099/95.

Por fim, a pena será atenuada quando o agente praticar o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, dispensando reação imediata⁹².

4.2.7. Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, “d”)

A confissão do agente serve como atenuante de pena, desde que:

(A) Seja espontânea: espontânea é a assunção, livre de interferência subjetiva externa, dos fatos imputados. A decisão de confessar deve partir do próprio agente. A confissão voluntária, decorrente de interferência externa, pode configurar circunstância atenuante nos moldes do art. 66 do CP.

(B) Perante a autoridade: a confissão deve ser feita perante a autoridade pública (juiz de direito ou delegado de polícia). A atenuante deve ser aplicada em favor do réu independentemente de a confissão ter sido espontânea, integral, parcial, ou mesmo retração em Juízo, como veremos a seguir.

☑ Cabe a atenuante quando a confissão é qualificada (ou somente quando simples)?

A confissão simples se dá quando o acusado assume a prática dos fatos que lhe são atribuídos, podendo ser total (narrando o agente o crime com todas as suas circunstâncias) ou parcial (caso em que não admite, por exemplo, qualificadoras ou causas de aumento). Já na confissão qualificada⁹³, o réu admite a autoria do evento, mas alega fato impeditivo ou modificativo do direito (como a presença de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade).

No Supremo Tribunal Federal, a matéria é controvertida, pois há decisões no sentido de que é possível aplicar a atenuante, mesmo quando a confissão é qualificada⁹⁴, assim como já se decidiu pela impossibilidade de atenuar a pena nas mesmas circunstâncias⁹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 545 no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena se utilizada como fundamento para a condenação⁹⁶⁻⁹⁷. Posteriormente, passou a relativizar os termos da súmula em

92. Nos crimes de homicídio (art. 121 CP) e lesões corporais (art. 129 CP), a injusta provocação da vítima pode gerar diminuição de pena de 1/6 a 1/3, mas, nesses casos, exige-se domínio de violenta emoção (algo mais absorvente que mera influência), somado à reação imediata.

93. Também denominada “ponte de bronze”, somando-se às pontes de diamante (colaboração premiada), de ouro (desistência voluntária e arrependimento eficaz) e de prata (arrependimento posterior).

94. STF – Primeira Turma – HC 99436 – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJe 06/12/2010; STF – Primeira Turma – HC 82337 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ 04/04/2003.

95. STF – Primeira Turma – HC 119.671 – Rel. Luiz Fux – DJe 03/12/2013; STF – Primeira Turma – HC 103.172 – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 24/09/2013.

96. Súmula 545: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

97. “O fato de o denunciado por furto qualificado pelo rompimento de obstáculo ter confessado a subtração do bem, apesar de ter negado o arrombamento, é circunstância suficiente para a incidência da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP). Isso porque, consoante

decisões nas quais assentou a desnecessidade de o juiz utilizar a confissão como fundamento do decreto condenatório. Para a atenuante basta, portanto, que o réu confesse, ainda que parcialmente:

“1. O Ministério Público, neste recurso especial, sugere uma interpretação a *contrario sensu* da Súmula 545/STJ para concluir que, quando a confissão não for utilizada como um dos fundamentos da sentença condenatória, o réu, mesmo tendo confessado, não fará jus à atenuante respectiva. 2. Tal compreensão, embora esteja presente em alguns julgados recentes desta Corte Superior, não encontra amparo em nenhum dos precedentes geradores da Súmula 545/STJ. Estes precedentes instituíram para o réu a garantia de que a atenuante incide mesmo nos casos de confissão qualificada, parcial, extrajudicial, retratada, etc. Nenhum deles, porém, ordenou a exclusão da atenuante quando a confissão não for empregada na motivação da sentença, até porque esse tema não foi apreciado quando da formação do enunciado sumular. 3. O art. 65, III, “d”, do CP não exige, para sua incidência, que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Com efeito, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório). 4. Viola o princípio da legalidade condicionar a atenuação da pena à citação expressa da confissão na sentença como razão decisória, mormente porque o direito subjetivo e preexistente do réu não pode ficar disponível ao arbítrio do julgador. 5. Essa restrição ofende também os princípios da isonomia e da individualização da pena, por permitir que réus em situações processuais idênticas recebam respostas divergentes do Judiciário, caso a sentença condenatória de um deles elenque a confissão como um dos pilares da condenação e a outra não o faça. 6. Ao contrário da colaboração e da delação premiadas, a atenuante da confissão não se fundamenta nos efeitos ou facilidades que a admissão dos fatos pelo réu eventualmente traga para a apuração do crime (dimensão prática), mas sim no senso de responsabilidade pessoal do acusado, que é característica de sua personalidade, na forma do art. 67 do CP (dimensão psíquico-moral). 7. Consequentemente, a existência de outras provas da culpabilidade do acusado, e mesmo eventual prisão em flagrante, não autorizam o julgador a recusar a atenuação da pena, em especial porque a confissão, enquanto espécie *sui generis* de prova, corrobora objetivamente as demais. 8. O

entendimento sufragado no âmbito do STJ, mesmo que o agente tenha confessado parcialmente os fatos narrados na exordial acusatória, deve ser beneficiado com a atenuante genérica da confissão espontânea (HC 322.077-SP, Quinta Turma, DJe 3/8/2015; e HC 229.478-RJ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015)” (HC 328.021/SC, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ-PE), DJe 15/9/2015).

sistema jurídico precisa proteger a confiança depositada de boa-fé pelo acusado na legislação penal, tutelando sua expectativa legítima e induzida pela própria lei quanto à atenuação da pena. A decisão pela confissão, afinal, é ponderada pelo réu considerando o trade-off entre a diminuição de suas chances de absolvição e a expectativa de redução da reprimenda. 9. É contraditória e viola a boa-fé objetiva a postura do Estado em garantir a atenuação da pena pela confissão, na via legislativa, a fim de estimular que acusados confessem; para depois desconsiderá-la no processo judicial, valendo-se de requisitos não previstos em lei. 10. Por tudo isso, o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, “d”, do CP quando houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória. 11. Recurso especial desprovido, com a adoção da seguinte tese: “o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, ‘d’, do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada.”⁹⁸

A confissão parcial, no entanto, deve ser relativa ao fato típico atribuído ao agente, pois, caso confesse parcialmente para tentar modificar a imputação, não incide a atenuante⁹⁹. Nesse sentido, aliás, a Súmula 630 do STJ. O entendimento da Corte Cidadã é no sentido de que, em se tratando do crime de tráfico de entorpecentes, a confissão espontânea do acusado que admite a propriedade da droga, no entanto afirma ser destinada a consumo próprio, sendo mero usuário, impossibilita o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

Não importa que as provas já existentes sejam suficientes para a condenação. Se o acusado confessou, a atenuante deve incidir:

“A afirmação de que as demais provas seriam suficientes para condenar o recorrente, a despeito da confissão espontânea, não autoriza a exclusão da atenuante se esta efetivamente ocorreu e foi utilizada na formação do convencimento do julgador.”¹⁰⁰

98. REsp 1.972.098/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14/06/2022.

99. “O fato de o denunciado por roubo ter confessado a subtração do bem, negando, porém, o emprego de violência ou grave ameaça, é circunstância que não enseja a aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP). Isso porque a atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu reconheça a autoria do fato típico que lhe é imputado. Ocorre que, no caso, o réu não admitiu a prática do roubo denunciado, pois negou o emprego de violência ou de grave ameaça para subtrair o bem da vítima, numa clara tentativa de desclassificar a sua conduta para o crime de furto. Nesse contexto, em que se nega a prática do tipo penal apontado na peça acusatória, não é possível o reconhecimento da circunstância atenuante. Precedente citado: HC 98.280-RS, Quinta Turma, DJe 30/11/2009” (HC 301.063/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 18/9/2015). Também deve ser afastada a atenuante se o acusado simplesmente admite que estava no local dos fatos, mas nega a prática do crime.

100. STJ: REsp 1.183.157/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/10/12.

No rito do Tribunal do Júri, a atenuante da confissão pode ser admitida ainda que as partes não a requeiram expressamente ao juiz. Basta que o réu tenha confessado o crime durante o julgamento no plenário:

“2. Esta Corte possui o entendimento de que a Lei 11.689/2008, alterando a redação do art. 492 do CPP, conferiu ao juiz presidente do Tribunal do Júri a atribuição de aplicar as atenuantes e agravantes alegadas nos debates. 3. O juiz presidente deve considerar como “alegada nos debates” ou “debatidas em Plenário” tanto a defesa técnica quanto a autodefesa realizada pelo acusado no momento do interrogatório, de forma que ambas são legítimas para ensejar o reconhecimento de atenuantes e agravantes.”¹⁰¹

☑ É possível a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea do réu?

A questão gera indissolúvel controvérsia. Para uma corrente, é inviável a compensação, pois a circunstância agravante da reincidência é preponderante, devendo prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, nos exatos termos do art. 67 do Código Penal. Para outra, a compensação mostra-se possível, eis que ambas as circunstâncias são preponderantes: a primeira, por expressa previsão legal; a segunda, por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas consequências).

“A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, uma vez que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante”.¹⁰²

A compensação é admitida inclusive no caso de reincidência específica:

“[...] 3. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência”. Em 11/10/17, no julgamento do Habeas Corpus 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. 4. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que específica [...]”.¹⁰³

101. STJ: HC 161.602/PB, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 18/11/2014.

102. HC 527.285/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01/10/2019.

103. HC 558.571/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 09/06/2020.

Note-se, no entanto, que o tribunal impede a compensação integral nos casos em que o agente é multirreincidente, pois o contrário implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade:

“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidentia, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.”¹⁰⁴

O STF, por sua vez, decidindo *habeas corpus* impetrado contra acórdão em que houvera sido negada a compensação, considerou que a decisão impugnada estava em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do tribunal “no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, ‘a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada’”.¹⁰⁵

Ainda sobre o tema, o STJ decidiu que a atenuante da confissão espontânea se compensa com a agravante de ter sido o crime praticado com violência contra a mulher:

“O STJ tem firme entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser utilizada como circunstância preponderante quando do concurso entre agravantes e atenuantes, nos termos consignados pelo art. 67 do CP. Nessa linha intelectual, o STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.341.370-MT, Terceira Seção, DJe 17/4/2013, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, pacificou a compreensão de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, devem ser compensadas entre si. Nessa senda, o referido entendimento deve ser estendido, por interpretação analógica, à hipótese em análise, dada sua similitude, por também versar sobre a possibilidade de compensação entre circunstâncias preponderantes” (AgRg no AREsp 689.064/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26/8/2015). Decidiu igualmente que a mesma atenuante se compensa com a agravante da promessa de recompensa: “É possível compensar a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP) com a agravante da promessa de recompensa (art. 62, IV). O STJ pacificou o entendimento no sentido de ser possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (REsp 1.341.370-MT, Terceira Seção, DJe 17/4/2013). Esse raciocínio, *mutatis mutandis*, assemelha-se à presente hipótese, por se tratar da

104. REsp 1.931.145/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22/06/2022.

105. HC 105.543/MS, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29/04/2014. No mesmo sentido: RHC 135.819/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 29/05/2018.

possibilidade de compensação entre circunstâncias igualmente preponderantes, a saber, a agravante de crime cometido mediante paga com a atenuante da confissão espontânea”.¹⁰⁶

Também é permitida a compensação com qualificadora deslocada para a segunda fase da dosimetria:

“No caso, a atenuante da confissão, mesmo qualificada, pode ser compensada integralmente com a qualificadora do motivo fútil, que fora deslocada para a segunda fase da dosimetria em razão da pluralidade de qualificadoras.

Isso porque são circunstâncias igualmente preponderantes, conforme entende este Tribunal Superior, que define que “tal conclusão, por certo, deve ser igualmente aplicada à hipótese dos autos, por se tratarem de circunstâncias igualmente preponderantes, que versam sobre os motivos determinantes do crime e a personalidade do réu, conforme a dicção do art. 67 do CP” (HC 408.668/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 21/9/2017).”¹⁰⁷

4.2.8. Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (art. 65, III, “e”)

O crime cometido pela multidão, em meio a tumulto, tem a pena atenuada, desde que o agente não tenha sido o provocador. Trata-se do crime multitudinário (ex.: briga entre torcidas nos estádios, linchamentos de criminosos presos em flagrante por membros de uma comunidade etc.).

Os fundamentos da atenuante foram esclarecidos por **Nucci**, lembrando as lições de **Esther de Figueiredo Ferraz**:

“Sob o domínio da multidão em tumulto opera-se, por assim dizer, um fenômeno de desagregação da personalidade. Os bons sentimentos humanos cedem lugar à maré invasora dos maus instintos, das tendências perversas e antissociais. Facilmente se processa e se transmite de indivíduo a indivíduo a sugestão criminosa. A ideia do delito ganha terreno nessa praça de antemão conquistada. E os piores crimes passam a ser cometidos por pessoas que, individualmente, seriam incapazes de causar o menor mal a seu semelhante. Daí a pequena periculosidade do que age sob tal influência.”¹⁰⁸

4.2.9. Circunstâncias atenuantes inominadas (art. 66)

Depois de elencar circunstâncias específicas que atenuam a pena, o legislador deu margem, com o artigo 66 do Código Penal, à atenuação da pena por conta de “*circunstância*

106. HC 318.594/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 24/02/2016.

107. AgRg no REsp 2.010.303/MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 14/11/2022.

108. *Código Penal Comentado*. Ob. cit. p. 416.

relevante anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei”. É a atenuante da clemência (ex.: confissão voluntária, não abrangida pelo art. 65, III, “d”, restrito à confissão a espontânea)¹⁰⁹.

Parcela da doutrina lembra, nesse tema, a **coculpabilidade**, teoria que caracteriza campo fértil para a incidência do art. 66 do CP. Parte da ideia de que a sociedade, muitas vezes, é desorganizada, discriminatória, excludente, marginalizadora, criando condições sociais que reduzem o âmbito de determinação e liberdade do agente, contribuindo, portanto, para o delito. Essa postura da sociedade deve ser em parte compensada, arcando com parcela da reprovação.

Elogiada no início, hoje essa teoria é alvo de relevantes críticas:

- 1ª) Parte da premissa de que a pobreza é a causa do delito;
- 2ª) Pode conduzir à redução de garantias quando se trata de processar o rico;
- 3ª) Continua ignorando a seletividade do poder punitivo.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina preferem a teoria da vulnerabilidade:

“Quem conta com alta vulnerabilidade (de sofrer a incidência do Direito penal), e esse é caso de quem não tem instrução, nem *status*, nem condições de ‘pagar advogado’, nem família, nem diploma etc., teria a sua culpabilidade reduzida (todas essas circunstâncias levariam a uma diminuição de pena). Ao contrário, aquele que desfruta de baixa vulnerabilidade (quem conta com *status*, boa educação, diploma etc.) teria mais intensa culpabilidade”¹¹⁰.

Suspeitando que a variável de escolha (agir ou não violentamente) depende de fatores endógenos, inerentes à própria formação do indivíduo, estudiosos concluem no sentido de que indivíduos que pertencem a um núcleo familiar instável tendem a praticar mais crimes violentos, dado que, de acordo com a teoria da vulnerabilidade, não pode ser desconsiderado pelo aplicador da pena¹¹¹.

109. Para o STJ, os bons antecedentes do agente não são capazes de atrair a atenuante inominada, pois se trata de circunstância judicial relativa à primeira fase de aplicação da pena (art. 59 do Código Penal): “Não caracteriza circunstância relevante anterior ao crime (art. 66 do CP) o fato de o condenado possuir bons antecedentes criminais. A atenuante inominada é entendida como uma circunstância relevante, anterior ou posterior ao delito, não disposta em lei, mas que influencia no juízo de reprovação do autor. Excluem-se, portanto, os antecedentes criminais, que já são avaliados na fixação da pena-base e expressamente previstos como circunstância judicial do art. 59 do CP” (REsp 1.405.989-SP, Rel. para o acórdão Min. Nefi Cordeiro, DJe 23/9/2015).

110. Ob. cit. p. 418.

111. Shikida, P. F. A., Araujo Junior, A. F., Shikida, C. D., & Borilli. Determinantes do comportamento criminoso: Um estudo econométrico nas penitenciárias central, estadual e feminina de Piraquara (Paraná). Pesquisa e Debate, SP, vol. 17, n. 1, pp. 125/148, 2006.

5. TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

A última fase do cálculo da pena tem como **finalidade** a fixação da reprimenda definitiva. Toma como ponto de partida a pena-intermediária da etapa anterior, fazendo incidir sobre ela as causas de aumento e de diminuição de pena¹¹².

Ponto de partida	Aplicam-se	Ponto de chegada
Tipo simples Tipo qualificado	As circunstâncias judiciais (art. 59, CP)	Pena base
Pena base	As circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61 e 62; arts. 65 e 66 do CP)	Pena intermediária
Pena intermediária	As causas de aumento e de diminuição de pena	Pena definitiva

Também denominadas **majorantes** e **minorantes**, estão situadas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal (sem esquecer que podem estar também previstas na legislação extravagante) e são facilmente identificadas, porque estabelecem um *quantum* (geralmente em fração) para o aumento ou diminuição. Este *quantum* pode ser fixo ou variável, conforme a previsão legal. A Lei 14.112/20, por exemplo, acrescentou na Lei de Falências e Recuperação Judicial causa de aumento variável (1/3 até 1/2), aplicada ao devedor que manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

Não há de se confundir, sob qualquer aspecto, as causas de aumento e de diminuição de pena com as circunstâncias agravantes e atenuantes. Podemos dizer que a principal diferença entre elas é o efeito: as majorantes e minorantes podem elevar a pena para além do patamar máximo, bem como reduzir para aquém do limite mínimo da pena cominada (enquanto as agravantes e atenuantes, como visto, não têm esse condão).

112. Segundo o STJ, assim como ocorre com as circunstâncias agravantes, as causas de aumento de pena podem ser reconhecidas na sentença ainda que não expressamente mencionadas na denúncia, desde que a narração fática indique as circunstâncias que justifiquem a majoração da pena. Não há, neste procedimento, ofensa ao princípio da congruência ou da adstrição: "(...) 3. O princípio da congruência ou correlação no processo penal estabelece a necessidade de correspondência entre a exposição dos fatos narrados pela acusação e a sentença. Por isso, o réu se defende dos fatos, e não da classificação jurídica da conduta a ele imputada (HC 119.264/STF, Primeira Turma, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe de 5/6/2014). 4. No caso dos autos, o Magistrado sentenciante reconheceu a causa de aumento da pena prevista no art. 226, II, do Código Penal, embora não fora capitulada da denúncia. Todavia, a sentença expressamente reconheceu a qualidade de cunhado do réu em relação à vítima menor de idade, assim como descrito pelo *Parquet*, bem como sua autoridade parental, portanto, não houve alteração da base fática relatada pelo Órgão Ministerial (...)" (HC 466.047/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 19/02/2019).

Vejamos, de forma esquematizada, as suas características:

Agravantes Atenuantes	Causas de Aumento Causas Diminuição da Pena
Também chamadas circunstâncias legais.	Também chamadas majorantes e minorantes.
São consideradas na 2ª fase de aplicação da pena.	São consideradas na 3ª fase do cálculo da pena.
Estão localizadas somente na parte geral do CP (sem prejuízo de outras circunstâncias na legislação extravagante).	Estão localizadas tanto na parte geral como na parte especial (bem como em legislação extravagante)
Não há previsão legal para o <i>quantum</i> de aumento ou de diminuição.	O <i>quantum</i> de aumento ou diminuição tem previsão legal e pode ser: • fixo: ex. – 157, §2º-A (no roubo, a pena é aumentada de 2/3 quando o agente emprega na execução do crime arma de fogo de uso permitido) • variável: ex. – art. 14, parágrafo único (na tentativa, a pena do crime é reduzida de 1/3 a 2/3).
O juiz está adstrito aos limites legais (pena cominada), não podendo elevar a pena-base além do máximo, nem aquém do mínimo	O juiz não está adstrito aos limites legais. Uma causa de aumento pode elevar a pena além da sanção máxima em abstrato; a causa de diminuição pode reduzir a pena aquém do mínimo abstratamente previsto no tipo.

As causas de aumento também se distinguem das qualificadoras. As primeiras majoram a pena; as outras qualificam o crime, dando-lhe novo preceito secundário. O tipo qualificado, como já mencionado, é utilizado como ponto de partida na primeira fase de fixação da pena (tal qual o tipo simples). Caracteriza-se por estabelecer novos patamares mínimo e máximo para a reprimenda penal em abstrato (ex: homicídio simples, pena de 6 a 12; homicídio qualificado, pena de 12 a 20). As causas de aumento de pena, por sua vez, são manejadas na terceira fase e incidem sobre a pena intermediária.

Em síntese:

Causas de Aumento	Qualificadora
Majora a pena do delito	Qualifica o delito, substituindo penas abstratamente cominadas
Consideradas na terceira fase do cálculo da pena (incidindo sobre a pena-intermediária)	Serve como ponto de partida para o cálculo da pena-base

Havendo uma só causa de aumento ou uma só causa de diminuição, alternativa não resta ao Magistrado: com base no *quantum* previsto em lei, deve aumentar a pena do crime ou diminuí-la, fundamentando sua decisão quando se tratar *quantum* variável, lembrando que, nesta etapa, não está adstrito aos limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário.

É possível, no entanto, concurso entre causas de aumento (pluralidade de majorantes) ou concurso de causas de diminuição (pluralidade de minorantes) ou concurso de causas de aumento e de diminuição (majorante concorrendo com minorante).

Vejamos como proceder em cada hipótese.

5.1. Concurso (homogêneo) de causas de aumento

(A) Causas de aumento previstas na Parte Geral

Quando previstas na parte geral do Código Penal, o juiz, sem escolha, deve aplicar as duas, observando, no entanto, o **princípio da incidência isolada**, isto é, o segundo aumento recai sobre a pena precedente, não sobre a pena já aumentada.

EXEMPLO: Pena-intermediária de 6 anos. Sobre ela incidirão duas causas de aumento previstas na parte geral: uma majora de $1/3$, a outra de $1/2$. A operação se resume: 6 anos + $1/3$ de 6 anos (2 anos) + $1/2$ de 6 anos (3 anos) = 11 anos de prisão (6 + 2 + 3). Percebam que o juiz primeiro aumenta a pena de $1/3$ (6 anos + $1/3$ = 8 anos). O segundo aumento ($1/2$) recai também sobre a pena-intermediária de 6 anos, somando-se, em seguida, os dois resultados. Atenção: não se aplica, no caso, o princípio da **incidência cumulativa** (segundo aumento recai sobre a pena já aumentada), pois prejudicaria o réu, como se nota da operação: 6 anos + $1/3$ de 6 anos (2 anos) = 8 anos. 8 anos + $1/2$ de 8 anos (quatro anos) = 12 anos de prisão (6 + 2 + 4).

(B) Causas de aumento previstas na Parte Especial

Quando previstas na parte especial, o artigo 68, parágrafo único, do CP anuncia: *“No concurso de causas de aumento (...) previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento (...), prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente (...)”*.

Dentro desse espírito, o juiz, atento aos fins da pena, escolhe aplicar as duas (observando o **princípio da incidência isolada**) ou apenas uma, escolhendo, nesse caso, a que mais aumenta.

Se houver por bem aplicar apenas uma das causas de aumento, o juiz pode considerar a outra na aplicação da pena-base. Assim, por exemplo, se um roubo for cometido em concurso de pessoas (art. 157, §2º, II) mediante emprego de arma de fogo (art. 157, §2º-A, I), é possível ao juiz considerar esta última na terceira fase, pois é a que mais aumenta ($2/3$), e o concurso de agentes na primeira fase de aplicação da pena, mais precisamente na análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP). Sobre o tema, decidiu o STJ:

“2. A questão jurídica trazida nos presentes autos e submetida ao crivo da Terceira Seção diz respeito, em síntese, à valoração de majorantes sobejantes na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena, a depender se a causa de aumento traz patamar fixo ou variável. Contudo, não é possível dar tratamento diferenciado à causa de aumento que traz patamar fixo e à que traz patamar variável, porquanto, além de não se verificar utilidade na referida distinção, o mesmo instituto jurídico teria tratamento distinto a depender de critério que não

integra sua natureza jurídica. 3. Quanto à possibilidade propriamente dita de deslocar a majorante sobejante para outra fase da dosimetria, considero que se trata de providência que, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena. De fato, as causas de aumento (3ª fase), assim como algumas das agravantes, são, em regra, circunstâncias do crime (1ª fase) valoradas de forma mais gravosa pelo legislador. Assim, não sendo valoradas na terceira fase, nada impede sua valoração de forma residual na primeira ou na segunda fases. 4. A desconsideração das majorantes sobressalentes na dosimetria acabaria por subverter a própria individualização da pena realizada pelo legislador, uma vez que as circunstâncias consideradas mais gravosas, a ponto de serem tratadas como causas de aumento, acabariam sendo desprezadas. Lado outro, se não tivessem sido previstas como majorantes, poderiam ser integralmente valoradas na primeira e na segunda fases da dosimetria. 5. Escorrita a valoração das majorantes sobressalentes na primeira fase da dosimetria da pena, mantém-se a pena-base fixada pelo Tribunal de origem, em 4 anos e 7 meses de reclusão. Quanto à agravante da reincidência, deve ser observado o parâmetro de 1/6 utilizado por esta Corte Superior, motivo pelo qual se fixa a pena intermediária em 5 anos e 3 meses de reclusão. Por fim, fica mantida a causa de aumento em 1/3, totalizando uma pena de 7 anos de reclusão, em regime fechado.”¹¹³

(C) Causas de aumento, uma na Parte Geral e outra na Parte Especial

Quando previstas uma na Parte Geral e outra na Parte Especial, deve o juiz aplicar as duas, observando, no entanto, o *princípio da incidência isolada*, isto é, o segundo aumento recai sobre a pena precedente, não sobre a pena já aumentada. Atenção: não incide a regra do art. 68, parágrafo único, do CP, que exige ambas na Parte Especial.

5.2. Concurso (homogêneo) de causas de diminuição

(A) Causas de diminuição previstas na Parte Geral

Quando previstas na parte geral do Código Penal, o juiz, sem escolha, deve aplicar as duas, observando, no entanto, o *princípio da incidência cumulativa*, isto é, a segunda diminuição recai sobre a pena já diminuída.

EXEMPLO: Pena-intermediária de 6 anos. Sobre ela incidirão duas causas de diminuição previstas na parte geral: as duas minorantes têm a mesma fração (1/2). A operação se resume: 6 anos – 1/2 de 6 anos (3 anos). 3 anos – 1/2 de 3 anos (1 ano e 6 meses) = 1 ano e 6 meses de prisão (6 – 3 – 1 ano e 6 meses). Percebam que o juiz primeiro diminui a pena de 1/2 (6 anos – 1/2 = 3 anos). A segunda diminuição (1/2) recai sobre a pena já diminuída (3 anos – 1/2). Atenção: não se aplica, no caso, o princípio da *incidência isolada* (segunda diminuição recai sobre a pena precedente, e não sobre a pena diminuída),

113. HC 463.434/MT, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. 25/11/2020.

pois resultaria no risco de pena zero (0), como se nota da operação: 6 anos – 1/2 de 6 anos (3 anos) – 1/2 de 6 anos (3 anos) = 0 (6 – 3 – 3).

(B) Causas de diminuição previstas na Parte Especial

Quando previstas na parte especial, o artigo 68, parágrafo único, do CP anuncia: *“No concurso de causas (...) de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se (...) a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais (...) diminua”*.

Dentro desse espírito, o juiz, atento aos fins da pena, escolhe aplicar as duas (observando o **princípio da incidência cumulativa**) ou apenas uma, escolhendo, todavia, a que mais diminua.

(C) Causas de diminuição, uma na Parte Geral e outra na Parte Especial

Quando previstas uma na Parte Geral e outra na Parte Especial, deve o juiz aplicar as duas, observando, no entanto, o **princípio da incidência cumulativa**, isto é, a segunda diminuição recai sobre a pena já diminuída. Atenção: não incide a regra do art. 68, parágrafo único, do CP, que exige ambas na Parte Especial.

5.3. Concurso (heterogêneo) de causas de aumento e de diminuição

Quando o juiz se deparar com uma causa de aumento concorrendo com uma causa de diminuição (não importando em qual parte do Código estão estampadas), deve aplicar as duas, observando, na operação, o **princípio da incidência cumulativa**.

Por fim, alertamos que o juiz deve desprezar as frações de dia (as horas), nos exatos termos do que disposto no art. 11 do CP.

Em resumo:

Hipótese	Solução	Forma de incidência
Se concorrerem duas causas de aumento genéricas	O juiz deve aplicar as duas causas de aumento	Isolada
Se concorrerem duas causas de diminuição genéricas	O juiz deve aplicar as duas causas de diminuição	Cumulativa
Se concorrerem uma causa de aumento e uma causa de diminuição, ambas genéricas	O juiz deve aplicar ambas as causas	Cumulativa, primeiro aumentando e, em seguida, sobre o resultado da operação anterior, diminuindo a pena
Se concorrerem uma causa de aumento e uma causa de diminuição, ambas específicas	O juiz deve aplicar ambas as causas	Cumulativa, primeiro aumentando e, em seguida, sobre o resultado da operação anterior, diminuindo a pena

Se concorrerem causas de aumento específicas	O juiz pode aplicar as duas ou limitar-se a uma só, prevalecendo a que mais aumente	Isolada
Se concorrerem causas de diminuição específicas	O juiz pode aplicar as duas ou limitar-se a uma só, prevalecendo a que mais diminua	Cumulativa
Se concorrerem causas de aumento genéricas e específicas	O juiz deve aplicar os dois aumentos	Isolada
Se concorrerem causas de diminuição genéricas e específicas	O juiz deve aplicar as duas diminuições	Cumulativa

6. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Recordando, são **três as espécies de penas privativas** de liberdade: **reclusão e detenção**, em se tratando de crimes, e **prisão simples**, exclusiva das contravenções penais.

Após ser fixada a reprimenda definitiva, o juiz determinará, na própria sentença, o regime inicial para seu cumprimento.

Trata-se de etapa importante na missão de individualização da pena, devendo ser analisada também à luz do artigo 112 da Lei de Execução Penal, que impõe o sistema progressivo de cumprimento da sanção privativa de liberdade. Presentes os requisitos subjetivos e objetivos, o condenado migra do regime fixado na sentença para outro, menos rigoroso. Conclusão: o regime estampado na sentença é apenas o inicial (e não o regime de cumprimento integral da reprimenda).

O juiz atenderá aos seguintes fatores para identificar o regime inicial mais justo (e coerente com os fins da pena): **(A)** espécie de pena; **(B)** quantidade da pena definitiva; **(C)** condições especiais do condenado; **(D)** circunstâncias judiciais (art. 59, CP)¹¹⁴⁻¹¹⁵.

Explica **Bitencourt**:

“A Lei n. 7.209/84 [Reforma da Parte Geral do CP] manteve a classificação dos regimes de cumprimento de pena instituído pela Lei 6.416/77. Abandonou, contudo, a periculosidade como fato determinante para a adoção deste ou daquele regime, como fazia aquele diploma legal. Agora, os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência,

114. Havendo **concurso de crimes**, leva-se em consideração o total das penas impostas, que serão somadas no concurso material (art. 69, CP) ou concurso formal impróprio (art. 70, *caput*, 2ª parte, CP) e exasperadas, nas hipóteses de concurso formal próprio (art. 70, *caput*, 1ª parte, do CP) ou da continuidade delitiva (art. 71, CP).

115. De acordo com a súmula vinculante nº 56, a falta de estabelecimento penal adequado ao regime imposto na sentença não justifica que o condenado seja submetido a regime mais rigoroso.

aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo. 'O regime torna-se, agora, o estado de cumprimento da pena, em que se coloca o condenado, no tocante à intensidade modulada da redução da liberdade'"¹¹⁶.

As circunstâncias judiciais, como vimos, são uma parte da imposição do regime inicial, mas não necessariamente determinantes. A existência de circunstâncias negativas não obriga o juiz a impor um regime mais grave do que indica a quantidade da pena:

"1. Admite-se que ao réu primário, condenado à pena igual ou inferior a 4 anos de reclusão, seja fixado o regime inicial aberto, ainda que negativada circunstância judicial. 2. A despeito de o § 3º do art. 33 do Código Penal dispor que para a escolha do modo inicial de cumprimento da pena deverão ser observados os critérios do art. 59, não fica o julgador compelido a fixar regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantitativo da sanção imposta, ainda que presente circunstância judicial desfavorável. 3. Agravo regimental improvido."¹¹⁷

Três são os **regimes iniciais de cumprimento da pena**:

6.1. Regime fechado

A pena, no regime fechado, deve ser cumprida em penitenciária (que não se confunde com a cadeia pública, destinada aos presos provisórios – art. 102, LEP)¹¹⁸⁻¹¹⁹, alojando-se o condenado, ao menos consoante proclama Lei de Execução Penal, em cela individual, salubre e aerada, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, além de área mínima de seis metros quadrados (arts. 87 e 88 da LEP)¹²⁰.

116. Ob. cit. p. 628-629.

117. AgRg no REsp 1.970.578/SC, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), j. 03/05/2022.

118. Tratando-se de lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição, o início do cumprimento da pena deve ser em estabelecimentos penais de segurança máxima, como dispõe o art. 2º, § 8º, da Lei 12.850/13.

119. De acordo com a súmula nº 192 do STJ, "Compete ao Juízo das execuções penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual". E, tratando-se de presos condenados pela Justiça Estadual que cumpram pena em estabelecimento federal, a competência para tratar da execução é da Justiça Federal, não só por interpretação a contrario sensu da mesma súmula como também em virtude do disposto nos arts. 4, § 1º e 6º da Lei nº 11.671/08.

120. De acordo com o art. 84 da Lei de Execução Penal, modificado pela Lei nº 13.167/15, os presos condenados e os presos provisórios devem ser alojados em locais diversos e, além disso, no respectivo alojamento deve haver divisão específica pela espécie de crime e pelas condições pessoais do preso. Assim, os provisórios serão dispostos conforme sejam acusados (1) pela prática de crimes hediondos ou equiparados, (2) pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou (3) pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos mencionados. Os condenados, por sua vez, são divididos entre os que (1) cometeram crimes hediondos ou equiparados, (2) os reincidentes que cometeram crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, (3) os primários que cometeram crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, (4) os demais que praticaram outros crimes ou contravenções em situação diversa.

Nesse regime (mais rigoroso), o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução (art. 34, *caput*, CP).

Em regra, o preso fica sujeito a trabalho durante o dia e a isolamento à noite (art. 34, §1º, CP). A labuta se realiza dentro do próprio estabelecimento prisional e de acordo com as aptidões do reeducando (sempre que possível). A lei admite, em caráter excepcional, o trabalho externo, desde que autorizado pelo juiz ou diretor do estabelecimento, a ser realizado em obras ou serviços públicos. Pressupõe, no entanto, que o condenado tenha demonstrado aptidão, bem como cumprido, pelo menos, um sexto da pena, tomando-se as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 34, §3º, CP e art. 37 da LEP).¹²¹

É importante lembrar que o trabalho carcerário é, ao mesmo tempo, um dever (art. 39 da LEP) e um direito (art. 41 da LEP) do reeducando (mesmo no regime mais rigoroso). Dever no sentido de que o preso tem a obrigação de contribuir com o Estado para sua ressocialização¹²²; direito porque a cada três dias trabalhados resgata um dia de cumprimento de pena (remição – art. 126, § 1º, II, LEP)¹²³⁻¹²⁴⁻¹⁶⁸. A jornada de trabalho do preso é regulada pelo art. 33 da LEP, segundo o qual o labor diário não pode ser inferior

121. Em 2020, o desempenho do trabalho externo por condenados sofreu certas limitações decorrentes da pandemia do coronavírus. Tendo em vista as enfáticas recomendações de isolamento das pessoas, a consequência natural foi a suspensão do trabalho externo desempenhado pelos condenados, porque, afinal, seria contraditório tomar medidas que praticamente obrigaram as pessoas a permanecerem em suas residências, sem poder sequer trabalhar, ao mesmo tempo em que nada fosse feito em relação ao contato dos presos com outras pessoas. Em razão dessa situação excepcional, a Quinta Turma do STJ decidiu que não há constrangimento ilegal na suspensão temporária do trabalho externo ao preso em regime semiaberto, nem há direito automático à concessão de prisão domiciliar, cabível apenas em circunstâncias específicas (AgRg no HC 580.495/SC, j. 09/06/2020). Note-se, no entanto, que a Sexta Turma decidiu pela ilegalidade da suspensão do trabalho sem que se trate de penalidade decorrente de falta disciplinar (HC 575.495/MG, j. 02/06/2020).

122. A recusa injustificada ao desempenho da atividade laborativa acarreta, segundo o STJ, punição por falta grave: “Constitui falta grave na execução penal a recusa injustificada do condenado ao exercício de trabalho interno. O art. 31 da Lei 7.210/1984 (LEP) determina a obrigatoriedade do trabalho ao apenado condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidades, sendo sua execução, nos termos do art. 39, V, da referida Lei, um dever do apenado. O art. 50, VI, da LEP, por sua vez, classifica como falta grave a inobservância do dever de execução do trabalho. Ressalte-se, a propósito, que a pena de trabalho forçado, vedada no art. 5º, XLVIII, “c”, da CF, não se confunde com o dever de trabalho imposto ao apenado, ante o disposto no art. 6º, 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), segundo o qual os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios vedados pela Convenção” (HC 264.989/SP, Rel. Min. Ericson Marinho, DJe 19/8/2015).

123. O condenado por crime político não está obrigado a trabalhar (art. 200 da LEP). Do mesmo modo o preso provisório (art. 31, parágrafo único, da LEP).

124. É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha trabalho fora do presídio. O entendimento foi fixado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.381.315, julgado em 13/05/2015.

a seis nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados, submetendo-se a horário especial os presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal¹²⁶⁻¹²⁷.

De qualquer modo, o trabalho não está sujeito ao regime de Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2º, da LEP), mas será remunerado¹²⁸, com as garantias

125. O Supremo Tribunal Federal julgou, após reconhecer a repercussão geral, o recurso extraordinário 580.252 (j. 16/02/2017), no qual se discutia a responsabilidade civil do Estado em decorrência da execução da pena em estabelecimento prisional sem condições mínimas de salubridade. Decidiu-se que não se aplica, no caso, o princípio da reserva do possível, e que o Estado é responsável pela manutenção dos presos em condições de mínima dignidade humana, sem as quais há violação de direitos fundamentais. Caso o estabelecimento prisional – como aliás a maioria – não seja adequadamente organizado para abrigar os presos – provisórios ou condenados –, deve ser reconhecido o direito a indenização, que deve ser concedida em dinheiro, não por meio de remição, como havia proposto o ministro Barroso para, segundo seu voto, evitar a multiplicação de ações indenizatórias. Em decorrência do julgamento, firmou-se a seguinte tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. Na ADPF 347 (j. 04/10/2023), o STF concluiu que há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos.
126. No caso de o preso trabalhar menos de seis ou mais de oito horas num dia, consoante a jurisprudência do STJ, deve-se considerar, somando-as, cada seis horas *extras* realizadas *além* da jornada normal de oito horas diárias como um dia de trabalho para fins de remição (HC 338.220/MG, j. 21/06/2016). Por outro lado, fora dos casos que ultrapassam as oito horas diárias, o STJ tem decidido que a contagem da jornada é feita em dias, nos quais deve haver o cumprimento de no mínimo seis horas de trabalho. Não é possível, diante da jornada mínima diária estabelecida no art. 33 da LEP, simplesmente efetuar o somatório de horas para chegar à quantidade de dias (AgRg no REsp 1.635.935/MG, j. 07/03/2017).
127. A remição pelo trabalho pressupõe o exercício de atividade laboral mediante subordinação e controle de horário, não se admitindo o autocontrole de carga horária (STJ - AgRg no HC 709.901/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF da 1ª Região), j. 27/09/2022).
128. A Procuradoria Geral da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 336) questionando a recepção, pela nova ordem constitucional, do art. 29 da Lei nº 7.210/84, segundo o qual a remuneração do trabalho do preso não pode ser inferior a três quartos do salário mínimo. Argumentava-se que a remuneração abaixo do salário mínimo viola direito fundamental estabelecido no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal. O tribunal julgou a ação improcedente: “1. O trabalho do preso, cuja remuneração é fixada em três quartos do salário mínimo o patamar base de remuneração do trabalho do preso (artigo 29, caput, da Lei de Execução Penal) deve ser analisada não apenas sob a ótica da regra do salário mínimo (artigo 7º, IV, da CRFB), mas também de outros vetores constitucionais, como a busca do pleno emprego (artigo 170, VIII, da CRFB) e a individualização da pena na fase de execução (artigo 5º, XLVI, da CRFB). [...] 4. A pessoa em cumprimento de pena privativa de liberdade, por isso não está sujeita ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como que será remunerada por tabela previamente fixada, em valor não inferior a três quartos do salário mínimo (respectivamente, artigos 28, § 2º, e 29, caput, da Lei de Execução Penal). 5. O trabalho do condenado constitui um dever, obrigatório na medida de suas aptidões e capacidade, e possui finalidades educativa e produtiva, nos termos dos artigos 28, caput, 31 e 39, V, da Lei de Execução Penal, em contraste com a liberdade para trabalhar e prover o seu sustento garantida aos que não cumprem pena prisional pelo artigo 6º da Constituição. 6. O cumprimento da pena privativa

da previdência social.¹²⁹

Também é possível falar em remição pelo estudo. À míngua de previsão legal, a jurisprudência já havia reconhecido esta possibilidade, o que se consolidou através da Súmula nº 341 do STJ: “*A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto*”. A Lei nº 12.245/2010, dentro desse espírito, alterou o artigo 83 da Lei de Execução Penal para autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios. Por fim, com o advento da Lei nº 12.433/11 essa espécie de remição foi positivada, cabendo nos três regimes (fechado, semiaberto e aberto) e no livramento condicional (art. 126, § 6º, LEP). Agora, a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas,

de liberdade gera restrições naturais ao exercício do trabalho, com potencial repercussão negativa na remuneração da mão de obra, o que se extrai do peculiar regime jurídico a que se submetem os trabalhadores presos, a saber: (i) necessidade de implantação de oficinas de trabalho, por empregadores privados, referentes a setores de apoio dos presídios (artigo 34, § 2º, da LEP); (ii) a finalidade de formação profissional do condenado (artigo 34 da LEP), ainda que não produza benefício econômico para terceiros; (iii) a aquisição pelo poder público, com dispensa da concorrência pública, dos bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares (artigo 35 da LEP); (iv) a necessidade de observância das cautelas contra a fuga e em favor da disciplina no trabalho externo (artigo 36 da LEP); (v) a possibilidade de revogação da autorização de trabalho externo se o preso tiver comportamento contrário aos requisitos de aptidão, disciplina e responsabilidade, bem assim quando praticar fato definido como crime ou for punido por falta grave (artigo 37, parágrafo único, da LEP) etc. 7. A legitimidade da diferenciação entre o trabalho do preso e o dos empregados em geral na política pública de limites mínimos de remuneração é evidenciada pela distinta lógica econômica do labor no sistema executório penal, que pode até mesmo ser subsidiado pelo Erário, de modo que o discrimen promove, em vez de violar, o mandamento de isonomia contido no artigo 5º, caput, da Constituição, no seu aspecto material. 8. A autorização legal para a percepção de remuneração inferior ao salário mínimo no trabalho do preso é acompanhada de medidas compensatórias, quais sejam: (i) é fixado um patamar mínimo de três quartos do salário mínimo, percentual razoável para configurar uma justa remuneração pelo trabalho humano, nos termos definidos democraticamente pelo Parlamento; (ii) são impostos ao Estado deveres de prestação material em relação ao interno, a fim de garantir o atendimento de todas as suas carências básicas; e (iii) concede-se ao preso o benefício da remição da pena, na proporção de 1 (um) dia de redução da sanção criminal para cada 3 (três) dias de trabalho. 9. O salário mínimo, na dicção do artigo 7º, IV, da Constituição, visa satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, ao passo que o preso, conforme previsão legal, já deve ter atendidas pelo Estado boa parte das necessidades vitais básicas que o salário mínimo objetiva atender, tais como educação (artigos 17 e seguintes da LEP), alojamento (artigo 88 da LEP), saúde (artigo 14 da LEP), alimentação, vestuário e higiene (artigo 12 da LEP). 10. A disciplina do trabalho do preso no Brasil também está em conformidade com as normas internacionais que regem o tema, porquanto o acordo sobre as regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de prisioneiros de 2015 (denominadas “regras de Mandela”), aprovado por Resolução da Comissão sobre Prevenção de Crime e Justiça Criminal de Viena, determina seja “estabelecido sistema justo de remuneração do trabalho dos presos” (Regra 103.1), em contraste com outras disposições do mesmo diploma que exigem condições não menos vantajosas que aquelas que a lei disponha para os trabalhadores livres (v. g., Regra 101.2). [...]” (ADPF 336/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/03/2021).

129. Na fase de discussão do novo CPC foi debatido o regime razoável/proporcional para abrigar o devedor de alimentos na ocasião do cumprimento da prisão civil. O Congresso Nacional manteve o regime fechado, porém com a garantia de que o preso ficará separado dos presos comuns.

no mínimo, em 3 (três) dias, elimina-se um dia de pena (126, § 1º, I, LEP),¹³⁰ permitindo-se, ainda, a cumulação entre a remição por estudo e por trabalho (art. 126, §3º da LEP). As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou a distância, desde que certificadas (art. 126, § 2º, LEP)¹³¹ e a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, durante o cumprimento da pena, gera bônus (art. 126, § 5º, LEP)¹³².

Seguindo-se a isso, em mais um esforço para viabilizar a ressocialização, a Lei nº 13.163/15 inseriu na Lei de Execução Penal o art. 18-A para implantar nos presídios o ensino médio regular ou supletivo, que deverá ser integrado ao sistema estadual e municipal e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária.

Ainda quanto à remição pelo estudo, o STJ a admite pela atividade desempenhada em dias não úteis, pois não há, no art. 126 da Lei 7.210/84, ressalva que a impeça (AgRg no REsp 1.487.218/DF, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 24/2/2015). E aceita o mesmo benefício por meio da atividade de leitura:

“A leitura em si tem função de propiciar a cultura e possui caráter ressocializador, até mesmo por contribuir na restauração da autoestima.

130. “A ineficiência do Estado em fiscalizar as horas de estudo realizadas a distância pelo condenado não pode obstaculizar o seu direito de remição da pena, sendo suficiente para comprová-las a certificação fornecida pela entidade educacional” (STF, RHC 203.546/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28/06/2022).
131. “A Lei 7.210, de 11/07/1984 (LEP) permite a remição por estudo à distância, desde que observados os critérios para comprovação da frequência e do aproveitamento escolares” (STJ, AgRg no HC 722.388/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), j. 09/08/2022).
132. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça unificou o entendimento entre as turmas criminais da corte ao estabelecer que a base de cálculo para a remição de pena pelo estudo, no caso de presos que estudam por conta própria e conseguem aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental e do ensino médio, deve ser, respectivamente, de 1,6 mil e 1,2 mil horas. Segundo o colegiado, esses números, mencionados na Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), correspondem a 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino. De acordo com a Lei de Execução Penal (artigo 126, parágrafo 1º, inciso I), pode ser descontado um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar. Para incentivar o estudo nos presídios, a norma do CNJ sugere a possibilidade de remição mediante a aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja) ou no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem). Em seu artigo 1º, inciso IV, a recomendação considera como base de cálculo para o cômputo das horas 50% da carga horária anual definida legalmente para cada nível de ensino: 1,6 mil horas para os anos finais do fundamental e 1,2 mil horas para o ensino médio ou a educação profissional técnica de nível médio. A 5ª e a 6ª Turmas divergiam quanto à interpretação do texto: se as 1,6 mil/1,2 mil horas já equivaleriam a 50% da carga horária definida legalmente para cada nível ou se os 50% incidiriam sobre esses números (HC 602.425/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/03/2021). Note-se que a 5ª e a 6ª Turmas têm decisões nas quais admitem a remição pela aprovação no ENEM se o condenado já havia concluído o ensino médio antes do início do cumprimento da pena (AgRg no HC 786.844/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 08/08/2023). Mas não se trata de orientação pacífica (AgRg no HC 815.842/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08/08/2023).

Além disso, a leitura diminui consideravelmente a ociosidade dos presos e reduz a reincidência criminal. Sendo um dos objetivos da LEP, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, impõe-se a interpretação extensiva do mencionado dispositivo, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade”¹³³.

Admitiu-se também no STJ a remição pela participação do preso em coral, atividade que demanda intensa dedicação e a qual, no caso concreto, o condenado exercia por oito horas diárias. Como a lei não é taxativa, o tribunal concluiu, por analogia *in bonam partem*, que a atividade musical atende ao propósito de ressocialização tanto porque promove uma formação profissional quanto porque proporciona ao condenado um aprimoramento cultural, que pode ser um fator a contribuir para sua reinserção social:

“A atividade musical realizada pelo reeducando profissionaliza, qualifica e capacita o réu, afastando-o do crime e reintegrando-o na sociedade. No mais, apesar de se encaixar perfeitamente à hipótese de estudo, vê-se, também, que a música já foi regulamentada como profissão pela Lei 3.857/60”¹³⁴.

Não é incomum que os estabelecimentos prisionais sejam desprovidos da estrutura necessária para o exercício do trabalho e do estudo. Apesar de haver corrente no sentido de ser possível, nesse caso, a remição ficta, direito do preso e reprimenda ao Estado que não cumpre sua obrigação, não é a orientação que prevalece. O STJ se orienta no sentido de que a remição ficta não pode ser imposta como regra em virtude da deficiente estrutura carcerária:

“1. A remição da pena pelo trabalho se dá por dias trabalhados, não por horas, exigindo-se, em relação a cada dia, o mínimo de 6 e o máximo de 8 horas, nos termos dos arts. 33 e 126, § 1º, da Lei de Execução Penal.

2. Para a remição, deve-se considerar o trabalho efetivamente cumprido. Assim, a omissão do Estado em impossibilitar a realização de atividades laborais não autoriza a remição ficta ou automática.”¹³⁵

Não obstante, a Terceira Seção do tribunal, julgando sob o rito dos recursos repetitivos, admitiu a remição ficta em razão da impossibilidade de exercer o trabalho e o estudo durante a pandemia do coronavírus:

“A controvérsia consiste em definir a possibilidade ou não de concessão de remição ficta, com extensão do alcance da norma prevista no art. 126, §4º, da Lei de Execução Penal, aos apenados impossibilitados de trabalhar ou estudar em razão da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus.

133. HC 312.486/SP, DJe 22/6/2015.

134. REsp 1.666.637/ES, DJe 09/10/2017.

135. EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.697.170/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23/03/2021.

O STJ entende que a ausência de previsão legal específica impossibilita a concessão de remição da pena pelo simples fato de o Estado não propiciar meios necessários para o labor ou a educação de todos os custodiados. Entende-se, portanto, que a omissão estatal não pode implicar remição ficta da pena, haja vista a ratio do referido benefício, que é encurtar o tempo de pena mediante a efetiva dedicação do preso a atividades lícitas e favoráveis à sua reinserção social e ao seu progresso educativo.

Contudo, em que pese tal entendimento, ele não se aplica à hipótese excepcionalíssima da pandemia de Covid-19 por várias razões (*distinguishing*). A jurisprudência mencionada foi construída para um estado normal das coisas, não para uma pandemia.

O art. 3º da Lei 7.210/1984 estabelece que, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Em outros termos, ressalvadas as restrições decorrentes da sentença penal e os efeitos da condenação, o condenado mantém todos os direitos que lhe assistiam antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Por sua vez, a doutrina estabelece que a “Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto”.

Nessa linha, negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de Covid-19 o direito de continuar a remir sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/1988), da isonomia (art. 5º, caput, da CF/1988) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CF/1988); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.

Note-se, assim, que não se está a conferir uma espécie de remição ficta pura e simplesmente ante a impossibilidade material de trabalhar ou estudar. O benefício não deve ser direcionado a todo e qualquer preso que não pôde trabalhar ou estudar durante a pandemia, mas tão somente àqueles que, já estavam trabalhando ou estudando e, em razão da Covid, viram-se impossibilitados de continuar com suas atividades.”¹³⁶

136. REsp 1.953.607/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14/09/2022. Não é admissível, contudo, a remição ficta no trabalho de natureza eventual, pois não se pode presumir que deixou de ser oferecido e exercido em razão do estado pandêmico (STJ - HC 684.875/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 21/03/2023).

A Lei 12.962/14, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, garante a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável, independentemente de autorização judicial (art. 19, § 4º).

6.2. Regime semiaberto

O regime semiaberto (intermediário) será cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo o apenado ser alojado em compartimento coletivo, desde que atendidas as condições adequadas à existência humana previstas para as celas individuais próprias do regime fechado¹³⁷.

O trabalho será comum durante o período diurno, realizando-se dentro do estabelecimento, com a possibilidade de ser realizado no ambiente externo, inclusive na iniciativa privada (a jurisprudência tem exigido prévia autorização judicial). Não há previsão para o isolamento durante o período do repouso noturno.

Admite-se, mesmo que fora do estabelecimento prisional, a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, §2º, CP).

A jurisprudência se firmou no sentido de que a manutenção do condenado em regime de pena mais severo do que sua condição pressupõe, mesmo que por falta de vagas no regime adequado, constitui constrangimento ilegal. O STJ tem julgado reiteradamente nesse sentido:

“Constitui flagrante ilegalidade a manutenção do apenado em regime mais gravoso durante a execução da pena, em decorrência da ausência de vagas no estabelecimento prisional adequado, devendo ser, excepcionalmente, permitido ao paciente o cumprimento da pena em regime aberto ou em prisão domiciliar até o surgimento de vaga. Precedentes”¹³⁸.

O STF, por sua vez, editou a súmula vinculante nº 56, segundo a qual “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”¹³⁹.

137. Temos corrente mencionando o **regime semiaberto harmonizado**, consistente na antecipação da progressão de regime, mediante o monitoramento eletrônico, de modo que, ao invés de regressar para a unidade prisional durante o pernoite, possibilita-se ao apenado o deslocamento entre sua residência e o local em que exerce sua atividade laborativa, sem prejuízo das regras do monitoramento.

138. HC 386.300/RS, DJe 06/04/2017.

139. A súmula se aplica somente aos condenados, vedada sua extensão aos presos provisórios sob o argumento de superlotação carcerária ou de falta de vagas adequadas: “Observa-se, de pronto, que a Súmula Vinculante n. 56/STF, portanto, destina-se com exclusividade aos casos de efetivo cumprimento de pena. Em outras palavras, aplica-se tão somente ao preso definitivo ou àquele em cumprimento provisório da condenação. O seu objetivo não é outro senão vedar o resgate da reprimenda em regime mais gravoso do que teria direito o apenado pela falha do Estado em oferecer

Não há constrangimento ilegal, todavia, se, não obstante esteja em estabelecimento prisional caracterizado pelo maior rigor, o condenado está apartado dos outros presos, em ala adaptada para o regime legalmente determinado e se está sendo submetido às regras específicas desse regime. Por isso, se o agente condenado ao cumprimento de pena em regime semiaberto não se encontra em colônia penal agrícola ou industrial, mas em penitenciária, mas está sendo submetido integralmente às regras do semiaberto, não há reparação a ser feita, obstando-se portanto sua colocação em outro regime menos severo. Foi o que decidiu o STF na Reclamação 25.123/SC, julgada em 18/04/2017. Para o tribunal, diante da estrutura de que desfrutava o condenado que ajuizou a reclamação, não havia fundamento para determinar a prisão domiciliar ou o regime aberto. É o mesmo, aliás, que já vinha decidindo o STJ:

“Estando o apenado cumprindo sua pena no regime aberto em prédio anexo, situado ao lado do Presídio Estadual de Santa Rosa/RS, separado dos presos dos outros regimes, usufruindo dos benefícios inerentes ao regime menos gravoso, sendo liberado para o trabalho externo diário, dentre outros, não há que se falar em excesso de execução, por estarem atendidos os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no RE 641.320/RS, no qual foi possibilitado ao Juízo da Execução o exame da adequação da Unidade Prisional aos requisitos dos regimes menos gravosos”¹⁴⁰.

6.3. Regime aberto

O regime aberto (menos rigoroso) se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36 do CP). Como bem observa **Bitencourt**:

“O maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante”¹⁴¹.

Com efeito, o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância,¹⁴² frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, §1º, CP).

vaga em local apropriado. No caso, os recorrentes encontram-se presos preventivamente, acusados da prática dos dois homicídios qualificados, estando o processo em fase de instrução, ainda no sumário da culpa. Por isso, não podem se equiparar a presos definitivos ou àqueles que estejam em cumprimento provisório de condenação. Não se pode estender a citada súmula vinculante ao preso provisório [sic], eis que se trata de situação distinta. Por deter caráter cautelar, a prisão preventiva não se submete a distinção de diferentes regimes. Assim, sequer é possível falar em regime mais ou menos gravoso ou estabelecer um sistema de progressão ou regressão da prisão. Não há similitude fática ou jurídica que autorize a conclusão pretendida pelos recorrentes” (STJ: RHC 99.006/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/02/2019).

140. HC 380.014/RS, DJe 24/02/2017.

141. Ob. cit., p. 633.

142. Segundo o STJ, se o condenado cumpria pena em regime semiaberto com prisão domiciliar monitorada, o monitoramento eletrônico pode ser mantido na progressão para o regime aberto se

O recolhimento dar-se-á, em regra, no estabelecimento denominado Casa de Albergado¹⁴³, prédio que deverá se situar em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras (arts. 94 e 95 da LEP).

A legislação prevê, ainda, duas outras possibilidades para o cumprimento do regime aberto: 1ª) na falta de Casa do Albergado, **estabelecimento adequado** (art. 33, § 1º, do CP); 2ª) conforme as condições pessoais do reeducando, **prisão domiciliar** (art. 117, LEP).

A prisão domiciliar, portanto, é espécie do gênero regime aberto, cabível quando o condenado tem mais de 70 (setenta) anos, é portador de doença grave, tem filho deficiente físico ou mental que dele dependa efetivamente, ou se trate de reeducanda gestante¹⁴⁴.

Em razão da pandemia do coronavírus, a 2ª Turma do STF deferiu medida liminar no HC 188.820/DF (j. 24/02/2021) para determinar que condenados em regime semiaberto possam antecipar a progressão para o regime aberto em prisão domiciliar, desde que, comprovada a boa conduta carcerária (art. 112, § 1º, da LEP), sejam cumpridas as seguintes condições: i) estejam em presídios com ocupação acima da capacidade física; ii) comprovem, mediante documentação médica, pertencer a um grupo de risco para a Covid-19 conforme contido no art. 2º, § 3º, da Portaria Interministerial n.º 7, de 18 de março de 2020; iii) cumpram penas por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, exceto os delitos citados no art. 5º-A da Recomendação n. 62/2020 do CNJ; iv) falem 120 (cento e vinte) dias para completar o requisito objetivo para a progressão do regime semiaberto para o aberto. A decisão trata de antecipação da progressão de regime, não de simples transferência para prisão domiciliar, que autorizaria o retorno do preso ao regime semiaberto quando terminado o cenário de pandemia. A progressão não o autoriza. O cumprimento do restante da pena será no regime aberto, salvo se ocorrer alguma causa de regressão.

atendidos os parâmetros da súmula vinculante 56. No *habeas corpus*, o condenado alegava ofensa ao sistema progressivo, pois, mantido o monitoramento na prisão domiciliar, o avanço para regime menos rigoroso era apenas formal, sem que sua situação se modificasse de fato. Mas o tribunal concluiu que devem ser analisadas as condições às quais o condenado estaria vinculado se cumprisse a pena em estabelecimento prisional adequado. E, naquele caso, a prisão domiciliar monitorada não poderia ser considerada mais severa do que as condições a que ele se submeteria no cumprimento da pena em regime aberto (HC 691.963/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/10/2021).

143. Ou em estabelecimento adequado, como determina o art. 33, §1º, “c”, CP.

144. A propósito do tema, decidiu o STJ: “Os argumentos de superlotação e de precárias condições da casa de albergado não permitem, por si sós, a concessão do benefício pleiteado [prisão domiciliar], mormente quando tais situações não foram reconhecidas pelo Tribunal de origem” (HC 240.715, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 02/05/2013). E, semelhantemente, decidiu que a inexistência de casa do albergado não acarreta o reconhecimento direto do benefício de prisão domiciliar se o condenado estiver cumprindo pena em local adequado às condições do regime aberto (HC 299.315/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 2/2/2015).

O STJ admite a concessão de prisão domiciliar nos termos do art. 117 inclusive para condenados nos regimes fechado e semiaberto, desde que sejam comprovadas as circunstâncias excepcionais que possam justificar a medida.¹⁴⁵ A pandemia do coronavírus provocou a multiplicação de pedidos de transferência para a prisão domiciliar, mas a situação excepcional de saúde pública, mesmo que aliada a alguma das circunstâncias do art. 117, não impõe a transferência. É necessário que a condição específica do condenado torne inviável sua permanência no cárcere.¹⁴⁶ O mesmo tem sido decidido a respeito de condenadas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes quando o Estado falha em disponibilizar vaga em estabelecimento prisional próprio e adequado.¹⁴⁷

Se o condenado deixa de cumprir as condições do regime aberto, esse período não pode ser computado para a extinção da pena:

“[...] 2. Se o apenado descumpre as condições do regime aberto ou não comparece para dar cumprimento às condições impostas, não há falar em extinção da pena pelo cumprimento da pena remanescente, o qual sequer se inicia efetivamente em tais casos. Precedente do STJ. (HC 380.077/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017). 3. No caso, o paciente descumpriu uma das condições que lhe foi imposta para cumprimento no regime aberto, qual seja, o comparecimento trimestral, tendo ficado foragido desde 30/6/2016 até 23/5/2017, dia em que foi preso em flagrante. Dessa forma, não só cometeu falta grave (art. 50, V, LEP), como também crime, tendo frustrado, assim, por duas vezes, os fins da execução, demonstrando que a autodisciplina e a reponsabilidade exigidas no regime aberto não foram atendidas pelo paciente, como mencionou o Tribunal coator”.¹⁴⁸

Excepciona-se a regra no caso de impossibilidade em virtude de problemas de saúde. Como decidiu o STJ, aplica-se analogicamente a mesma solução encontrada para a remição ficta da pena no período em que os condenados ficaram impossibilitados de exercer o trabalho durante a pandemia de coronavírus:

“Em período que antecedia a pandemia de coronavírus, entendia-se que o mero decurso de prazo das penas não poderia ser

145. “1. Nos termos do art. 117, caput e inciso II, da Lei de Execuções Penais, a prisão domiciliar ao condenado acometido de doença grave somente é admitida durante o regime aberto. Entretanto, a melhor exegese, extraída da evolução e do aperfeiçoamento das instituições na proteção aos direitos e às garantias fundamentais, permite inferir a viabilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado ou semiaberto, desde que a realidade concreta assim o recomende 2. Trata-se de medida humanitária, excepcional, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, cabível quando haja evidente conflito entre direitos e garantias fundamentais, a impor ao intérprete da norma penal a necessária ponderação” (AgRg nos EDcl no RHC 112.552/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05/09/2019).

146. HC 649.454/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/05/2021.

147. RHC 145.931/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 09/03/2022.

148. STJ: HC 482.915/SP, Reynaldo Soares da Fonseca, j. 11/06/2019.

considerado para o seu cumprimento, de forma ficta, nem mesmo sob a apreciação de peculiaridades no caso concreto (AgRg no REsp 1.934.076/GO, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/8/2021).

Recentemente, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao analisar o Tema 1120, modificou o entendimento para dar primazia aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, não permitindo negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de Covid-19 o direito de remitir parte da sua pena, tão somente por estarem privados de liberdade, pois não se observava nenhum *discrímen* legítimo que autorizasse negar àqueles presos que já trabalhavam ou estudavam o direito de remitir a pena durante as medidas sanitárias restritivas.

Nesses casos, foi fixada a seguinte tese: "Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, § 4º, da Lei de Execução Penal, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico" (REsp 1.953.607/SC, Terceira Seção, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 20/9/2022).

Desse modo, no caso, por analogia ao referido entendimento, o tempo em que o apenado esteve afastado das suas obrigações no regime aberto, sob atestado médico, deve ser computado como pena efetivamente cumprida."¹⁴⁹

Identificadas as características de cada um dos regimes (fechado, semiaberto e aberto), é preciso analisar os critérios a serem observados pelo juiz sentenciante, lembrando, desde logo, que variam principalmente de acordo com a espécie de pena privativa de liberdade prevista para a infração penal (reclusão, detenção ou prisão simples).

6.4. Pena de reclusão

A pena de reclusão deve ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, semiaberto ou aberto (art. 33, *caput*, 1ª parte, CP).

Quando imposta na sentença pena **superior a 8 (oito) anos**, o Código Penal não distinguuiu entre condenado reincidente ou primário, determinando o início do cumprimento da pena em **regime fechado**. Fica claro que o legislador compreende ser incompatível

149. AgRg no HC 703.002/GO, Rel. Min. Messod Azulay Neto, j. 12/06/2023.

pena tão elevada com os demais regimes, independentemente das condições pessoais do réu ou do tipo de crime.

Sendo a pena **superior a 4 (quatro) anos e não superior a 8 (oito) anos**, poderá ser fixado o regime inicial semiaberto, desde que o condenado seja primário (se reincidente, o regime inicial deverá ser o fechado).

Se, na sentença, for fixada pena **igual ou inferior a 4 (quatro) anos**, o regime para início do cumprimento da reprimenda poderá ser o aberto, condicionado, também, à primariedade do agente (se reincidente, o regime inicial será o fechado ou semiaberto, a depender das circunstâncias judiciais, se favoráveis ou não)¹⁵⁰.

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718 do STF). A imposição de regime de cumprimento mais severo exige motivação idônea, leia-se, com base na gravidade em concreto do delito (Súmula 719 do STF).

Nada impede que o magistrado fixe a pena base no mínimo legal e, no momento de determinação do regime de cumprimento da pena, entenda ser cabível regime mais grave do que a pena aplicada sugeriria, à luz das alíneas “a”, “b” e “c” do art. 33, § 2º, do Código Penal. É que o artigo 59 do Código Penal é critério orientador da aplicação da pena tanto na primeira etapa quanto no momento de fixação do regime. **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, entretanto, discorda:

“Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave – não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve –, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos ‘circunstâncias e consequências do crime’, previstos no art. 59”¹⁵¹.

De todo modo, o que se exige do magistrado, mais uma vez, é a fundamentação adequada, compatível com as circunstâncias concretas, e não com a compreensão abstrata que se tem acerca do delito. É o que se extrai da súmula 440 do STJ. O tribunal admite,

150. STJ. Súmula nº 269. *É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.* Mesmo no caso de reincidência, o STF já decidiu ser possível o regime aberto em determinadas circunstâncias (HC 135.164/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/04/2019). No caso submetido a julgamento, o agente, com maus antecedentes e reincidente, havia sido processado pelo furto de peças de roupa no valor de R\$ 130,00. Foi absolvido em primeira instância por incidência do princípio da insignificância, mas o Tribunal de Justiça reformou a decisão para condená-lo, tendo em vista que suas circunstâncias pessoais não eram condizentes com a atipicidade material. Ao julgar o habeas corpus, o STF reconheceu a impropriedade da aplicação do princípio da insignificância diante da reiteração criminosa, mas estabeleceu a possibilidade de imposição do regime aberto nos casos em que, abstraída a circunstância pessoal desfavorável, a bagatela seria reconhecida.

151. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 402.

mesmo na imposição de pena no mínimo legal, que o juiz fixe regime de pena mais severo se a gravidade concreta da conduta o justificar:

“II – Não obstante o paciente seja primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o regime inicial fechado restou fixado com base na gravidade concreta da conduta, no modus operandi da ação, haja vista ter agido com violência e de modo sorrateiro, ou seja, traiçoeiro contra vítima menor de 14 anos. III – A jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, havendo fundamentação concreta, e diante das circunstâncias do caso, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena.”¹⁵²

Algumas leis especiais subtraem do magistrado a possibilidade de fixar o regime inicial de cumprimento da pena. É o que fazem a Lei de Crimes Hediondos¹⁵³ e a Lei de Tortura¹⁵⁴, determinando, para esses crimes regime (obrigatório) inicialmente fechado, independentemente da pena e das condições pessoais do condenado. Não obstante a dicção legal, ressaltamos, mais uma vez, que o STF, nos autos do HC nº 111.840, em decisão do Tribunal Pleno, julgou inconstitucional o artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, determinando ao juiz que analise as circunstâncias do caso concreto para a fixação do (justo) regime inicial de cumprimento da pena¹⁵⁵.

6.5. Pena de detenção

Em se tratando de detenção, a pena será cumprida inicialmente em regime semiaberto ou aberto (art. 33, *caput*, 2ª parte)¹⁵⁶.

152. AgRg no HC 647.767/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 30/03/2021.

153. Lei nº 8.072/90. Art. 2º. *Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança. §1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado (redação dada pela Lei nº 11.464/2007).*

154. Lei nº 9.455/97. Art. 1º, § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

155. O mesmo tribunal, no entanto, decidiu, quanto ao crime de tortura, ser possível aplicar a regra do regime inicialmente fechado estabelecida no art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97. De acordo com a decisão, não é possível “articular com a Lei de Crimes Hediondos, pois a regência específica (Lei 9.455/1997) prevê expressamente que o condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, o que não se confundiria com a imposição de regime de cumprimento da pena integralmente fechado. Assinalou que o legislador ordinário, em consonância com a CF/1988, teria feito uma opção válida, ao prever que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da pena, ainda que fixada no mínimo legal, deveria ser cumprida inicialmente em regime fechado, sem prejuízo de posterior progressão. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o relator, com a ressalva de seus entendimentos pessoais no sentido do não conhecimento do “writ”. O Ministro Luiz Fux, não obstante entender que o presente “habeas corpus” faria as vezes de revisão criminal, ante o trânsito em julgado da decisão impugnada, acompanhou o relator (HC 123316/SE, rel. Min. Marco Aurélio, 9.6.2015).

156. Não admitir regime inicial fechado não significa que o cumprimento da pena de detenção não possa ocorrer no fechado, sendo perfeitamente possível por meio da regressão (art. 118 da LEP).

Aplicada pena **superior a 4 (quatro) anos**, o juiz sentenciante fixará o regime inicial semiaberto, seja o condenado primário ou reincidente.

Quando imposta pena **não superior a 4 (quatro) anos**, o regime inicial poderá ser o aberto, desde que primário o condenado. Na hipótese de réu reincidente, o regime inaugural deve ser o semiaberto (o mais rigoroso para o tipo de pena).

Segundo tem decidido o STJ, se a condenação contempla penas de detenção e de reclusão, ainda assim deve haver a soma para unificação e estabelecimento do regime inicial adequado:

“A teor do art. 111 da Lei n. 7.210/1984, na unificação das penas, devem ser consideradas cumulativamente tanto as reprimendas de reclusão quanto as de detenção para efeito de fixação do regime prisional, porquanto constituem penas de mesma espécie, ou seja, ambas são penas privativas de liberdade” (AgRg no HC n. 473.459/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 01/03/2019). Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça. Agravo regimental desprovido”.¹⁵⁷

6.6. Pena de prisão simples

A prisão simples, atualmente, é a espécie de pena cominada às contravenções penais¹⁵⁸.

Será cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto (art. 6º, LCP).

Não existe previsão de regime prisional fechado, independentemente de ser o condenado reincidente ou não.

Discute-se se os contraventores, condenados ao cumprimento de prisão simples, podem cumprir a pena em regime fechado. Para uma primeira corrente, o regime fechado poderia ser aplicado aos contraventores na hipótese de regressão de regime, nos moldes do art. 33, *caput*, *in fine*, do CP. Prevalece, contudo, posição contrária. Thiago Gandra¹⁵⁹ bem explica que não se pode cumprir a pena de prisão simples em regime fechado, nem mesmo na hipótese de regressão, pois, “a LCP é expressa no sentido de que a prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário e o regime fechado é cumprido na penitenciária, segundo a LEP (art. 87); em segundo, porque a LCP também é expressa ao fixar que a prisão simples é cumprida em regime aberto ou semiaberto e, em terceiro, porque quando o legislador no art. 33 do CP, admitiu a regressão da pena de detenção ao regime fechado, o fez de forma expressa, sendo que o silêncio com relação à prisão simples é eloquente, ou seja, quer dizer que a vedação da regressão da prisão simples ao regime fechado foi uma opção do legislador, não cabendo ao intérprete ignorá-lo...”. Nessa linha de entendimento, o STF decidiu que não é possível o recolhimento do réu condenado pela prática de contravenção penal, para

157. AgRg no REsp 1.861.665/ES, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/05/2020.

158. As contravenções penais também podem ser apenadas com multa, cumulativa ou isoladamente.

159. *Lei das Contravenções Penais. Coleção Leis Especiais para Concursos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.34.

cumprimento da pena imposta, em cadeia pública, sabidamente em condições mais gravosas do que as reveladas pelo regime fechado mantido em penitenciárias. A pena de prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto”. (STF, HC69971/SP, relator: Min. Marco Aurélio, julgamento 02.03.1993, Segunda Turma).

Em resumo:

Espécies de pena privativa de liberdade	Regimes iniciais de cumprimento de pena		
	Fechado	Semiaberto	Aberto
Reclusão	Fechado	Semiaberto	Aberto
Detenção	–	Semiaberto	Aberto
Prisão simples	–	Semiaberto	Aberto

6.7. Regime de cumprimento de pena do índio

Em tópico específico, discutimos a imputabilidade do índio, concluindo que a regra é a da capacidade de ser sujeito de pena.

Uma vez praticado crime por índio não integrado, impõe-se a sanção penal, cujos rigores, de acordo com a legislação própria, podem ser abrandados.

Nesse sentido, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), estabelece o regime especial de semiliberdade para os indígenas, consoante se transcreve: “*As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado*” (art. 56, parágrafo único).

6.8. Regime especial para o cumprimento de pena pela mulher

Alerta o artigo 37 do Código Penal: “as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal”. A norma está alinhada com mandamento constitucional previsto no artigo 5º, incs. XLVIII (“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”) e L (“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”).

Desse modo, é garantido às mulheres não apenas lugar diverso do destinado aos homens para cumprimento da pena, mas também o contato com os filhos no período de amamentação (isso não significa que as lactantes tenham direito absoluto de cumprir pena em domicílio, mas, ao contrário, pressupõe recolhimento ao estabelecimento prisional público).

6.9. Fixação do regime inicial de cumprimento da pena e detração

Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação

(art. 42 do CP). É o fenômeno da detração, matéria de competência do juiz da execução penal (art. 66, III, “c”, LEP), tendo como finalidade evitar o *bis in idem* no cumprimento da sanção penal¹⁶⁰.

Sempre se ensinou que o instituo não influenciava o magistrado sentenciante na fixação do regime prisional. Ao dissertar sobre o tema, **Guilherme de Souza Nucci** advertia:

“A aplicação da detração não deve influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, por exemplo, se o agente ficou preso 2 anos, preventivamente, para depois ser condenado a 9 anos de reclusão (que exige a fixação do regime fechado inicial), não há como o magistrado da condenação fazer o desconto referente à detração, a fim de considerar que tenha ele apenas mais 7 anos para cumprir, impondo-lhe o regime semiaberto.”¹⁶¹.

Essa lição, hoje, não mais se sustenta. A Lei 12.736/12 alterou o art. 387 do CPP, cujo § 2º dispõe: “O tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.”.

O legislador, desse modo, antecipou a análise da detração para o momento da sentença, mais especificamente para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da pena. De acordo com a nova sistemática, deve o magistrado proceder à aplicação da reprimenda normalmente, seguindo o disposto no artigo 68 do Código Penal. Obtida a pena apropriada, na determinação do regime inicial, deve ser observado o tempo de prisão processual. Não se trata, pois, de considerar a detração na aplicação da pena (etapa já encerrada), mas tão somente, como expressa o texto legal, de admiti-la para estabelecer um regime inicial justo diante da constrição da liberdade anterior ao trânsito em julgado.

Alertamos, porém, que a detração, nessa fase, só é capaz de permitir regime prisional menos rigoroso se o tempo de prisão provisória, administrativa ou internação coincidir com o requisito temporal da progressão, sem desconsiderar outros requisitos **objetivos** inerentes ao incidente (como a reparação do dano nos crimes contra a administração pública).

Vamos tentar explicar nossa conclusão com o auxílio de um caso prático:

160. O art. 28-A do CPP determina que a execução do acordo de não persecução penal ocorra no juízo de execução penal, opção objeto de críticas, pois não há pactuação de pena, mas de condição (medida despenalizadora). Certamente surgirá corrente lecionando ser possível, em caso de rescisão do acordo, a detração das condições parcialmente cumpridas na pena ser imposta em eventual sentença condenatória. Ousamos discordar. Se as condições fixadas na avença não têm natureza de sanção penal, pois pactuadas e não impostas pelo Estado, não há espaço para detração em posterior aplicação da pena. A perda do referido tempo é, pois, consequência natural do descumprimento, ônus da desídia e deslealdade do investigado. Nesse sentido, aliás, Renee de Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower (ob. cit. p. 180).

161. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit. p. 416.

Depois de permanecer 5 meses preso preventivamente, JOÃO, primário, é condenado por roubo majorado à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão. Antes da Lei 12.736/12, por conta da pena imposta na sentença, determinava-se o regime inicial fechado (art. 33, § 2º, “a”, do CP). Com a atual sistemática, o magistrado, na etapa da fixação do regime inaugural, deve computar o tempo de prisão cautelar (5 meses). Esse cômputo, culminando com pena inferior a 8 anos, pode redundar no regime semiaberto (art. 33, § 2º, “b”, do CP), **desde que presentes os requisitos objetivos da progressão, em especial, o requisito temporal**. É dizer: o tempo de prisão cautelar redundaria em regime menos severo quando equivalente ao tempo necessário para a progressão de regime (art. 112, incisos I a VIII e § 3º da LEP). Qualquer indivíduo primário condenado a 8 anos e 4 meses de reclusão por roubo, iniciando o cumprimento da pena no regime fechado, teria que cumprir ao menos 2 anos e 1 mês para galgar regime menos severo. Ora, como pode JOÃO, preso provisoriamente por 5 meses, conquistar a semiliberdade? Raciocínio outro cria campo fértil para a insuficiente (e ineficaz) proteção do Estado ao cidadão, bem como ofensa ao sistema progressivo de cumprimento de pena.

Mas devemos reconhecer que, em diversas decisões, o STJ tem se referido a esta forma de detração como algo relacionado estritamente à imposição do regime inicial de cumprimento da pena, sem quaisquer considerações a respeito dos requisitos para a progressão de regime:

“O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, dispõe que o tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena. Destarte, forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do CPP não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.”¹⁶²

Destaca-se, por fim, que o STJ firmou três teses a respeito da detração em virtude do recolhimento domiciliar imposto como cautelar:

“4. Delimitadas as teses jurídicas para os fins dos arts. 927, III, 1.039 e seguintes do CPC/2015 :

4.1. O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o status libertatis do acusado deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem.

4.2. O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de

162. AgRg no HC 747.387/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 27/09/2022.

tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento.

4.3. As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.”¹⁶³

6.10. Sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade

Como já alertado, o art. 33 do CP, ao mesmo tempo em que anuncia os regimes de cumprimento de pena, esclarece que seu cumprimento obedecerá ao **sistema progressivo**.

Levando em conta a finalidade reeducativa da pena, a progressão de regime consiste na execução da reprimenda privativa de liberdade de forma a permitir a transferência do condenado para regime menos rigoroso (mutação de regime), desde que cumpridos determinados requisitos.

Esse tema foi radicalmente alterado pela Lei 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME), nos obrigando a explorar o assunto com mais vagar, mesmo na parte geral, ressaltando suas implicações e questões controvertidas. Para tanto, vamos lembrar a nova redação do art. 112 da LEP:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

163. REsp 1.977.135/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 23/11/2022.

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19
Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.	"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:
§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.	I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.	II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19
§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa. § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.	III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19
	III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa. § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo. § 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.¹⁶⁴ § 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. § 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito" (NR)

O **incidente de progressão**, no âmbito da execução penal, pode ser iniciado por determinação do juiz (*ex officio*) ou mediante requerimento do Ministério Público, do advogado ou Defensor Público ou do próprio sentenciado.

Os requisitos para a progressão de regimes podem ser divididos em objetivos e subjetivos (bom comportamento carcerário). Os primeiros (objetivos) foram sensivelmente alterados pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), que criou uma variedade de lapsos temporais a serem observados antes da permissão do benefício. Vamos primeiro estudar a progressão do regime fechado para o semiaberto. Depois, do semiaberto para o aberto. Em seguida, explicar a progressão no caso de condenada gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência. Encerro com questões controvertidas.

I – Progressão do regime *fechado para o semiaberto*

A passagem do regime mais rigoroso para o regime intermediário deve observar os seguintes requisitos:

164. Na esteira de decisões que afastaram a hediondez do tráfico privilegiado – e que inclusive inspiraram a inclusão do § 5º no art. 112 da LEP –, o STF editou a súmula vinculante 59, segundo a qual “É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, observados os requisitos do artigo 33, parágrafo 2º, “c”, e do artigo 44, ambos do Código Penal”.

a) condenação (ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo). Importante lembrar que se admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse sentido, Súmula 716 do STF. Aqui não se trata de fomentar a execução provisória da pena (vedada pelo STF no julgamento das ADCs 43, 44 e 54), mas antecipação de benefício de execução penal. Imaginemos um preso, condenado em primeiro grau, aguardando o julgamento do seu recurso. Se a sua prisão provisória já perdura tempo superior ao permitido para progressão, parece justo sua passagem para regime menos severo. Insistimos: não se trata de execução provisória da pena, mas antecipação de benefício de execução penal.

b) cumprimento de parcela da pena. O reeducando para progredir do regime fechado para o semiaberto deve cumprir parcela da pena no regime mais rigoroso, variando esse tempo conforme a natureza do delito e as condições pessoais do beneficiário. Aqui, como já alertado, está a maior novidade trazida pela Lei 13.964/19. Vejamos.

b1) cumprimento de 16% da pena, se primário o reeducando e o crime tiver sido cometido sem violência ou grave ameaça;

Este prazo corresponde ao lapso de 1/6. Antes da alteração legislativa, era o prazo regra (1/6), aplicável a todos os delitos, exceto para os crimes hediondos ou equiparados (2/5 ou 3/5), ou, ainda, para as determinadas condenações envolvendo crimes cometidos por gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência (1/8).

Com a modificação inserida pela Lei n 13.964/19, o cumprimento de 16% da pena passa a ser observado na progressão de regime para apenados primários, cujo crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça. Se reincidente, o prazo é o seguinte (20%).

b2) cumprimento de 20% da pena, se o reeducando for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

A nova Lei 13.964/19 diferencia o prazo para progressão a depender se o condenado foi ou não considerado reincidente. Aumenta-se ligeiramente o lapso para progressão de regime para reincidentes em crime sem violência ou grave ameaça. Antes, na redação original, o prazo seguia a regra geral (1/6). Agora, passa a ser 20% (ou 1/5).

De acordo com o STJ, a reincidência, por ser condição pessoal do condenado, influi sobre o requisito objetivo de todas as condenações, mesmo aquelas quando ainda primário:

“(...) consistindo a reincidência em condição pessoal que, uma vez adquirida pelo sentenciado, influi sobre o requisito objetivo dos benefícios da execução, em relação a todas as suas condenações”.¹⁶⁵

Dentro desse espírito, se o reeducando, enquanto cumpre pena por crime cometido quando primário, vem a ser condenado definitivamente por novo crime, agora reconhecido reincidente, será tratado como reincidente para fins de progressão em relação aos dois crimes.

165. HC 468.756/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/03/2019.

Segundo ainda o STJ, a reincidência tem efeitos na execução da pena mesmo que, por lapso, não tenha sido reconhecida na sentença condenatória:

“A reincidência pode ser admitida pelo juízo das execuções penais para análise da concessão de benefícios, ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória.”¹⁶⁶

b3) cumprimento de 25% da pena, se primário, mas o crime tiver sido cometido com violência ou grave ameaça;

O lapso temporal também foi estendido aos apenados primários, porém autores de crimes executados com violência ou grave ameaça. Antes, seguiam a regra geral (1/6). Na nova sistemática, devem aguardar o cumprimento de 25% (ou 1/4) para conquistarem regime menos severo.

b4) cumprimento de 30% da pena, se reincidente em crime cometido com violência ou grave ameaça;

Na hipótese de reincidência em crime cometido com violência ou grave ameaça, o lapso temporal para progressão foi praticamente dobrado em comparação com a lei anterior. Agora, com o advento da Lei n. 13.964/19, o reeducando precisa cumprir 30% no regime mais severo.

Reparem, contudo, que o **dispositivo faz referência à reincidência específica em crime com violência ou grave ameaça**. Mas e se o reeducando for reincidente, mas não específico, ou seja, somente um dos crimes, passado ou presente, tiver sido cometido com violência ou grave ameaça? Lendo e relendo o artigo em comento, concluímos que estamos diante de uma lacuna, cuja integração, por óbvio, deverá observar o princípio do *in dubio pro reo*. A fração deve ser a mesma do primário, levando-se em conta o crime pelo qual foi considerado reincidente: se violento, aplica-se a mesma fração do inciso III (25%); se não violento, a fração do inc. II (20%). Vamos deixar ainda mais claro nosso raciocínio com um exemplo: se o agente, tendo cumprido pena pelo crime de furto, comete delito de roubo, é reincidente, mas não específico em crime violento. Sendo o crime violento o delito pelo qual foi declarado reincidente, a fração da progressão segue o inc. III (25%). Num cenário diametralmente oposto, isto é, o roubo é o crime pretérito, sendo o furto o crime presente, a progressão nesse caso, segue o inc. II (20%).

Alertamos, contudo, existir tese diversa, lecionando que, na verdade, o inciso em comento não cuida da reincidência específica. Sendo o reeducando reincidente, específico ou não, cumprindo pena por crime cometido com violência ou grave ameaça, deve observar a porcentagem de 30%.

b5) cumprimento de 40% da pena, se primário e condenado por crime hediondo ou equiparado;

No caso de apenado primário, mas condenado por crime hediondo ou equiparado, a nova Lei n 13.964/19 manteve o lapso temporal previsto originalmente na Lei de

166. REsp 2.049.870/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/10/2023.

Crimes Hediondos (art. 2º, § 2º), qual seja, cumprimento de 2/5 (ou 40%) da pena em regime anterior.

b6) cumprimento de 50% da pena, se primário e condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte (vedado o livramento condicional);

Já para os condenados primários por crimes hediondos ou equiparados, mas qualificados pelo resultado morte, foi criado um novo lapso, qual seja, de 50% de cumprimento da pena em regime anterior.

Para esses crimes, o legislador indisfarçavelmente implementou tratamento diferenciado, deveras rigoroso, não somente dificultando a progressão de regime, como também vedando o benefício do livramento condicional.

Segundo o STJ, aplica-se esta porcentagem para a progressão de regime ao condenado por crime hediondo com resultado morte e reincidente genérico, quando a condenação tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime):

“Cinge-se a controvérsia a determinar qual seria o percentual de pena a ser cumprido para que a pessoa condenada por crime hediondo com resultado morte e reincidente genérica possa requerer a transferência para regime menos rigoroso, quando a condenação ocorreu antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos Recursos Especiais 1.910.240/MG e 1.918.338/MT, ambos pela sistemática do recurso representativo de controvérsia, estabeleceu tese, no Tema Repetitivo n. 1.084, no sentido de que “é reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante”.¹⁶⁷

A tese estabelecida nos mencionados recursos repetitivos, limita-se à retroatividade do art. 112, inciso V, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP), na redação da Lei n. 13.964/2019, aos condenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

Conquanto tenha o relator, em obter dictum, ponderado que a parte final do art. 112, inciso VI, alínea “a”, da Lei de Execução Penal (na redação da Lei n. 13.964/2019) não seria aplicável aos condenados por crimes hediondos com resultado morte antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, fossem eles primários ou reincidentes genéricos, pois também vedaria o benefício do livramento condicional, disposição que não existiria ao tempo da vigência do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, situação mais gravosa ao sentenciado, ao julgar o recurso especial, na sistemática dos recursos repetitivos, vota-se na tese final nele fixada, não necessariamente aderindo a todos os fundamentos postos no voto condutor do acórdão, sobretudo quando exarados em *obiter dictum*, que não tem efeito vinculante.

167. AgRg no REsp 2.015.414/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/10/2022.

Dito isto, ainda que a Lei n. 13.964/2019 tenha trazido disposições sobre o livramento condicional, não promoveu alteração nem revogação expressa do texto normativo pelo qual este instituto é regido, o Código Penal, com as alterações trazidas pelas Leis n. 7.209/1984 e 13.344/2016.

Por consectário lógico, não há por que vedar a aplicação da retroatividade no tocante à fração para progressão de regime, em razão da vedação do livramento condicional, na medida em que não há combinação de leis, uma vez que esse instituto estava à época regulamentado materialmente em lei diversa da lei que dispunha sobre a progressão de regime.

Portanto, não há a criação de uma terceira lei, nem se viola a vontade do Poder Legislativo, porque o diploma legislativo que delibera sobre as regras do livramento condicional para o condenado em crime hediondo com resultado morte é o Código Penal, alterado pelas Leis n. 7.209/1984 e 13.344/2016, que permanece em plena vigência, e não as Leis n. 7.210/1984 e 8.072/1990, como no caso da progressão de regime.

Nessa linha de entendimento, recentes decisões desta Corte afirmam que a aplicação retroativa do art. 112, inciso VI, alínea "a", da LEP aos condenados por crime hediondo ou equiparado com resultado morte, seria admissível e não prejudicial ao executado, tendo em vista que, em uma interpretação sistemática, a vedação de concessão de livramento condicional somente atingiria o período previsto para a progressão de regime, não impedindo posterior pleito com fundamento no art. 83, inciso V, do CP.

Assim, aplica-se a exigência do cumprimento de 50% (cinquenta por cento) da pena imposta à pessoa condenada por crime hediondo com resultado morte e reincidente genérica, quando a condenação ocorreu antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, para fins de obtenção de progressão de regime prisional, na forma do art. 112, inciso VI, alínea "a", da LEP (na redação da Lei n. 13.964/2019).

b7) cumprimento de 50% da pena, se condenado por exercer comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para prática de crime hediondo ou comparado;

O mesmo lapso de 50% passa a ser exigido na progressão de regime para condenados rotulados na sentença como comandantes, individual ou coletivo, de organização criminosa (art. 2º, § 3º, da Lei 12.850/13), estruturada para a prática de crimes hediondos ou equiparados.

A Lei n. 13.964/19 também promoveu importantes alterações na Lei de Organizações Criminosas, alcançando o regime inicial de cumprimento de pena. O § 8º do art. 2º da Lei 12.850/13 determina que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição devem iniciar a pena em unidades penais de segurança máxima. O § 9º do mesmo artigo, por sua vez, dispõe que o condenado por integrar organização criminosa ou por crime cometido no âmbito da organização não poderá progredir de regime ou usufruir de livramento condicional e outros direitos se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo com a organização.¹⁶⁸ O standard

168. O STJ, aliás, segue a orientação de que presos inseridos em estabelecimentos federais de segurança máxima só podem progredir de regime se demonstrada a cessação dos motivos que provocaram sua transferência: "Por outro lado, não se pode olvidar que a Terceira Seção desta Superior Corte de Justiça

probatório, aqui exigido, é de caráter normativamente intermediário, caracterizado por um grau de probabilidade suficiente a fundar a suspeita do ilícito, comum àquele exigível dos demais incidentes executivos de pena. De todo modo, resta absolutamente adequado observar um relativo ônus argumentativo decisório, o que resulta na necessidade de uma qualificada fundamentação decisória, proferida em procedimento que assegure ao condenado exercício pleno de seu direito constitucional a ampla defesa.

b8) cumprimento de 50% da pena, se condenado pelo crime de constituição de milícia privada;

A nova redação prevê o cumprimento de 50% da pena em regime anterior ao condenado pelo crime de constituição de milícia privada. Reparem que o legislador, ao se referir ao de “constituição de milícia privada”, quer abranger todas as figuras do art. 288-A, citando seu *nomen juris*. O prazo estendido alcança as três formas do crime: organização paramilitar, milícia privada e grupo ou esquadrão (grupo de extermínio).

Observa-se que, ao contrário do anterior, este inciso não exige o exercício de posição de comando na organização paramilitar, milícia ou grupo de extermínio, e, tampouco, estar ela estruturada para a prática de crimes hediondos ou equiparados.

b9) cumprimento de 60% da pena, se reincidente em crime hediondo ou equiparado;

Este lapso não foi alterado pela Lei n. 13.964/19, repetindo, em percentagem, o prazo de 3/5 previsto na Lei de Crimes Hediondos (art. 2º, § 2º).

Discute-se se o dispositivo em comento abrange somente a reincidência específica em crime hediondo ou equiparado. Temos corrente lecionando que não se trata de reincidência específica. Sendo o reeducando reincidente, específico ou não, cumprindo pena por crime hediondo ou equiparado, deve observar a porcentagem de 60%.

A Terceira Seção do STJ, contudo, se posicionou em sentido diverso. Se a condenação anterior não for por crime hediondo ou equiparado, não se aplica esta fração para a progressão de regime:

“1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calçados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

possui entendimento consolidado no sentido de que a concessão do benefício da progressão de regime ao apenado em presídio federal de segurança máxima fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a transferência originária para esse sistema ou, ainda, à superação de eventual conflito de competência suscitado. Tal entendimento jurisprudencial deriva da interpretação sistemática dos dispositivos legais que norteiam o ingresso no Sistema Penitenciário Federal, os quais demonstram a absoluta incompatibilidade entre os motivos que autorizam a inclusão do preso e os benefícios liberatórios da execução” (AgRg no HC 656.813/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/04/2021).

2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante”.¹⁶⁹

É a mesma orientação firmada pelo STF em repercussão geral:

“Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (art. 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no art. 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inc. VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia in bonam partem, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 da LEP (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico.”¹⁷⁰

O STJ também tem decidido que se o agente é reincidente e deve cumprir mais de uma pena simultaneamente, a porcentagem maior incide sobre toda a pena unificada:

“A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que, ante a unificação das penas, a condição de reincidente do apenado determina o cumprimento de 3/5 sobre o total. Na hipótese, possuindo o paciente quatro condenações, não há falar em aplicação do percentual de 2/5 para a progressão de regime, em relação à primeira condenação,

169. REsp 1.910.240/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 26/05/2021.

170. ARE 1.327.963/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/09/2021.

pois, unificada as penas, conforme determina o art. 111 da LEP, a reincidência deve incidir sobre o somatório das penas e não apenas na segunda condenação. Ademais, esta Corte Superior pacificou entendimento no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica. Assim, havendo reincidência, ao condenado deverá ser aplicada a fração de 3/5 da pena cumprida para fins de progressão do regime”.¹⁷¹

b10) cumprimento de 70% da pena, se reincidente por crime hediondo ou equiparado com resultado morte (vedado o livramento condicional).

Trata-se do prazo mais rigoroso previsto na atual redação do art. 112, reservado aos reincidentes por crime hediondo ou equiparado qualificado pelo resultado morte. Como já alertado, para crimes dessa natureza a lei veda a concessão do livramento condicional.

A mesma controvérsia destacada no item anterior se repete aqui: discute-se se o dispositivo abrange somente a reincidência específica em crime hediondo ou equiparado com resultado morte. O STJ já decidiu que, tratando-se de condenação anterior por crime que não seja hediondo ou equiparado com resultado morte, a solução deve ser mais branda para o condenado, que deve cumprir 50% da pena para progredir:

“1. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), foi revogado expressamente o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90 (art. 19 da Lei n. 13.964/19), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), a qual, em seu art. 112, modificou a sistemática da progressão de regime, introduzindo critérios e percentuais distintos e específicos para cada grupo, a depender da natureza do crime. 2. No presente caso, o recorrido foi sentenciado por crime hediondo com resultado morte, tendo sido reconhecida sua reincidência devido à condenação definitiva anterior pela prática de crimes comuns. Entretanto, diante da inexistência de previsão a disciplinar a progressão de regime para a hipótese dos autos, uma vez que os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos, a nova lei deve ser interpretada mediante a analogia in bonam partem, aplicando-se, para o condenado por crime hediondo, com resultado morte, que seja reincidente genérico, o percentual de 50%, previsto no inciso VI do art. 112 da Lei de Execução Penal.”¹⁷²

O STJ tem decidido que não há vedada combinação de leis na aplicação do requisito objetivo para a progressão de regime previsto na antiga redação do art. 112 da LEP, em relação ao crime comum, e a aplicação retroativa do Pacote Anticrime para reger apenas a progressão do crime hediondo, quando ambos os delitos, praticados em momento anterior à edição da Lei 13.964/19, integram a mesma execução penal:

“A controvérsia consiste em determinar se é possível aplicar a redação anterior do art. 112 da Lei de Execução Penal para que a

171. HC 583.751/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/06/2020.

172. AgRg no REsp 1.932.143/MG. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 14/09/2021.

progressão de regime atinente ao crime comum se dê com 1/6 do cumprimento da pena e, ao mesmo tempo, aplicar a tese do Tema 1084 desta Corte, decorrente do Pacote Anticrime, para que o requisito objetivo a ser aferido para o crime hediondo seja de 40%.

Com efeito, é mais adequado que os cálculos para a progressão de regime sejam feitos de modo independente, quando houver, em uma mesma execução, crimes comuns e hediondos. Isso porque a aplicação de uma só lei, nesse caso, contraria o princípio da não retroatividade da lei penal maléfica, pois o crime comum será regido por norma mais rigorosa, que leva em consideração parâmetros não contemplados na lei anterior, como a reincidência e o cometimento de violência à pessoa ou grave ameaça.

Soma-se a isso o argumento ventilado no HC 617.922/SP, oportunidade em que a Quinta Turma sinalizava a possibilidade de aderir ao entendimento da Sexta Turma no sentido de que "(n)ão há que se falar em indevida combinação de leis quando se está diante de duas leis que tratam de temas distintos e que, circunstancialmente, vieram a ser alteradas pela mesma norma infraconstitucional superveniente". De fato, a mens legis é de que os crimes hediondos recebam tratamento distinto dos comuns, ainda que, por questões práticas, o legislador tenha optado por reunir os temas em um mesmo dispositivo de lei.

Os princípios da individualização da pena e da isonomia recomendam que os delitos comuns e hediondos recebam tratamentos distintos. Em sendo o requisito temporal para a progressão de regime de ordem objetiva, causa perplexidade a adoção de um critério que permite que coautores sejam tratados de modo diferente no curso da execução penal, a despeito de terem cometido o mesmo fato, apenas em razão de uma eventualidade envolvendo a sucessão de leis no tempo.

Por fim, registre-se que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal autorizou a aplicação de leis distintas para reger a progressão de regime de crimes comuns e hediondos, por entender que essa solução é a que melhor se alinha às diretrizes estabelecidas pela Constituição da República.

"Por esta razão, não incide, no caso, o óbice jurisprudencial que veda a combinação de normas ou de leis, consistente na criação de uma *lex tertia*. Trata-se de regimes de progressão de pena que receberam, do legislador, tratamento legal independente, cada qual (crimes comuns e crimes hediondos) com seu conjunto específico de normas de regência. (RHC 221.271 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, STF, Primeira Turma, DJe de 15/5/2023)."¹⁷³

No caso de condenações subsequentes que se insiram em diferentes regras do art. 112, o STJ decidiu que é possível a execução em separado:

"Após as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, é possível a execução em separado de cada uma das guias de execução, de

173. REsp 2.026.837/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, j. 07/11/2023.

modo que o cálculo para obtenção de benefícios que dizem respeito à execução penal deve considerar a primariedade em parte da pena, a reincidência comum em outra e a reincidência específica apenas nas guias que dizem respeito a crimes de mesma natureza.”¹⁷⁴

c) bom comportamento carcerário durante a execução.

O bom comportamento decorre da ausência de registro de falta disciplinar – leve, média ou grave – no prontuário do preso. Deve ser atestado pela administração prisional.

A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento da infração, tendo como base o tempo remanescente de pena (súmula 534 do STJ e art. 112, § 6º, LEP).

Para alcançar a progressão, o condenado deve se reabilitar. De acordo com o § 7º do art. 112 da Lei de Execução Penal, que havia sido vetado e foi exumado pela Casa de Leis, essa reabilitação depende do decurso do prazo de um ano, salvo se, antes, o preso cumprir o requisito temporal para a progressão. A redação, portanto, parece inútil, o que confirma o acerto do veto, assim fundamentado:

“A propositura legislativa, ao dispor que o bom comportamento, para fins de progressão de regime, é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito, contraria o interesse público, tendo em vista que a concessão da progressão de regime depende da satisfação de requisitos não apenas objetivos, mas, sobretudo de aspectos subjetivos, consistindo este em bom comportamento carcerário, a ser comprovado, a partir da análise de todo o período da execução da pena, pelo diretor do estabelecimento prisional. Assim, eventual pretensão de objetivação do requisito vai de encontro à própria natureza do instituto, já pré-concebida pela Lei nº 7.210, de 1984, além de poder gerar a percepção de impunidade com relação às faltas e ocasionar, em alguns casos, o cometimento de injustiças em relação à concessão de benesses aos custodiados”.

Essa postura legislativa contraria o que se percebe de ordinário no regimento interno padrão das unidades prisionais, que acabam estipulando um prazo de reabilitação independente do requisito temporal da progressão. Ou seja, mesmo que cumprido o requisito temporal, o condenado só será considerado portador de bom comportamento depois do prazo da reabilitação.

d) oitiva do Ministério Público (e da defesa). O novo § 2º, incluído pela Lei n. 13.964/19, exige que a decisão judicial no incidente de progressão seja motivada e precedida de manifestações do MP e da defesa, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

e) dependendo das peculiaridades do caso ou se tratando de crime hediondo, o juiz poderá, fundamentadamente, requisitar o exame criminológico.¹⁷⁵ Nesse sentido

174. HC 654.870/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/09/2022.

175. Segundo o STJ, caso determinado o exame, o marco para nova progressão de regime é a data do parecer técnico favorável, momento em que o condenado cumpre todos os requisitos exigidos pela Lei de Execução Penal: “1. A data-base para a concessão de nova progressão de regime é o dia em que o

dispõem a Súmula Vinculante 26 e a Súmula 439 do STJ. As circunstâncias que devem ser analisadas para a determinação do exame são várias, como a reiteração delitiva do condenado, a prática de faltas disciplinares graves, a gravidade concreta do crime cuja pena está sendo cumprida e a própria quantidade da pena, desde que conjugada com outros fatores que justifiquem um cuidado maior no deferimento da progressão de regime.

Duas observações devem ser feitas antes de encerrar os requisitos da progressão do regime fechado para o semiaberto:

I – vem decidindo o STF que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão, salvo se comprovada a absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar o valor, ainda que parceladamente.

II – o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada a mais um requisito objetivo: a reparação do dano que causou ou a devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais (art. 33, § 4º do CP). De acordo com o STJ, incide este requisito apenas se a sentença condenatória impôs a reparação do dano ou a devolução do ilícito. Se não o fez, o juiz da execução penal não pode condicionar a progressão ao cumprimento do disposto no § 4º:

“É firme a dicção do Excelso Pretório em reconhecer a constitucionalidade do art. 33, § 4º, do Código Penal, o qual condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a administração pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito”. (AgRg no REsp 1.786.891/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 23/09/2020).

Contudo, a execução penal guarda relação com o título condenatório formado no juízo de conhecimento, motivo pelo qual não é possível agregar como condição para a progressão de regime capítulo condenatório expressamente decotado. Nessa linha de intelecção, não havendo na sentença condenatória transitada em julgado determinação expressa de reparação do dano ou de devolução do produto do ilícito, não pode o juízo das execuções inserir referida condição para fins de progressão, sob pena de se ter verdadeira revisão criminal contra o réu.

Relevante anotar que o art. 91, inciso I, do Código Penal, que torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, deve ser lido em conjunto com os arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal, uma vez que, de fato, a sentença condenatória é título executivo judicial, nos termos do art. 515, inciso VI, do Código de Processo Civil. Desse modo, deve referido título ser liquidado e executado na seara cível.

último requisito (objetivo ou subjetivo) do art. 112 da Lei n. 7.210/1984 estiver preenchido, tendo em vista que o dispositivo legal exige a concomitância de ambos para o deferimento do benefício. 2. Se há a necessidade de exame criminológico para aferir a presença do requisito subjetivo para a progressão de regime do Agravante, este requisito somente pode ser considerado preenchido no momento em que houver parecer técnico favorável” (AgRg no HC 654.153/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/05/2021).

De igual sorte, a disposição constante no art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa não autoriza, por si só, a inclusão da reparação do dano na execução penal nem mesmo sua execução no cível, sem prévia ação de conhecimento, em observância ao devido processo legal. Frise-se que nos termos do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Para que a reparação do dano ou a devolução do produto do ilícito faça parte da própria execução penal, condicionando a progressão de regime, mister se faz que conste expressamente da sentença condenatória, de forma individualizada e em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, tão caros ao processo penal, observando-se, assim, o devido processo legal.¹⁷⁶

Trata-se, a nosso ver e com o devido respeito, de um erro, pois estamos diante de efeito automático da condenação, que dispensa determinação expressa na sentença.

II – Progressão do regime *semiaberto para o aberto*

Na progressão do regime semiaberto para o aberto, além dos requisitos subjetivos e objetivos genéricos, a LEP exige, ainda, que sejam observadas as condições e os pressupostos previstos nos arts. 113, 114 e 115, todos da LEP:

Art. 113. O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz.

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I – permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II – sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III – não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

IV – comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.¹⁷⁷

176. HC 686.334/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14/09/2021.

177. Devido ao estado de emergência em saúde pública declarado em 2020 em razão da pandemia do coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça recomendou que os juízes da execução penal suspendessem

III – Condenada mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência

A presa gestante, mãe ou responsável por crianças vem merecendo cada vez mais atenção do sistema de Justiça e do legislador. Em fevereiro de 2018, a 2ª Turma do STF concedeu *habeas corpus* coletivo (HC 143.641/SP, j. 20/02/2018) no qual figuravam como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional” que ostentassem “a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”, além das próprias crianças que porventura estivessem na companhia de suas mães.

Analizando o mérito do *habeas corpus*, os ministros invocaram tanto a legislação nacional quanto a internacional para justificar a concessão da ordem.

Como apontou a decisão, as Regras de Bangkok estabelecem prioridade para soluções judiciais que promovam alternativas ao encarceramento, especialmente nas situações prévias à formação definitiva da culpa. Além disso, temos no plano interno o art. 227 da CF/88, que determina prioridade absoluta para a garantia dos interesses de crianças, e a manutenção de presas sem efetiva necessidade atinge o direito delas, que acabam sofrendo injustamente as consequências da prisão. E, por fim, o quadro revelado no processo demonstrava a necessidade de cumprir a lei sobre as políticas públicas para a primeira infância (Lei 13.257/16), que inclusive alterou o art. 318 do CPP nas disposições relativas à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, permitindo-a para gestantes, mulheres com filho de até doze anos incompletos e homens que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até doze anos incompletos.

O suporte fático para a concessão da ordem consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças (compreendidas no sentido legal conferido pelo art. 2º do ECA: até doze anos incompletos) estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos.

a obrigação de condenados comparecerem mensalmente em juízo. Nesse caso, segundo decidiu o STJ, suspende-se apenas a imposição legal, não a execução da pena. O período em que o condenado permaneceu desobrigado de se dirigir ao juiz para justificar suas atividades deve ser considerado como pena cumprida: “1. Vê-se que a suspensão do dever de apresentação mensal em Juízo foi determinada pelo Magistrado em cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça e à determinação do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, decorrentes da situação de pandemia, circunstância alheia à vontade do ora Paciente, de modo que não se mostra razoável o prolongamento da pena sem que tenha sido evidenciada a participação do apenado em tal retardamento. 2. O Paciente cumpriu todas as demais condições do regime aberto, que não foram suspensas, inclusive, permaneceu sujeito às sanções relativas a eventual descumprimento, o que reforça a necessidade de se reconhecer o tempo de suspensão do dever de apresentação mensal em juízo como pena efetivamente cumprida, sob pena de alargar o período em que o apenado está sujeito à disciplina do regime aberto. 3. Ordem concedida para reconhecer o lapso temporal em que foi suspensa a apresentação mensal em juízo como pena efetivamente cumprida pelo Paciente, sobretudo porque cumpridas as demais condições impostas ao regime aberto” (HC 657.382/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/04/2021). Há, por outro lado, decisão segundo a qual o período em que o sentenciado deixou de comparecer em juízo por causa da pandemia da covid-19 não pode ser considerado como tempo de pena efetivamente cumprido (AgRg no REsp 2.076.164/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, j. 09/10/2023).

Em razão disso, determinou-se “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício”. E estendeu-se a ordem de ofício a todas as demais presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação daquelas beneficiadas diretamente pela impetração.

Pois bem, na esteira da decisão proferida pelo STF, a Lei 13.769/18 alterou a legislação processual penal para disciplinar a matéria de forma expressa. Para tanto, a lei inseriu no Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B.

O art. 318-A estabelece que a prisão preventiva decretada sobre a “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar”, desde que a presa: I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

O art. 318-B, por sua vez, dispõe que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar pode ser efetuada com aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319.

Além das regras sobre a prisão domiciliar, a Lei 13.769/18 promoveu alterações em três dispositivos da Lei de Execução Penal.

O art. 112, que trata da progressão de regime, passou a contar com o § 3º para disciplinar de forma específica a progressão da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Sensibilizado pelas razões que levaram o STF a conceder o *habeas corpus* coletivo nos casos de prisão cautelar, o legislador decidiu criar condições especiais de progressão de regime para presas que merecem tratamento penal adequado às suas circunstâncias peculiares. Essa forma de progressão especial é baseada sobretudo no princípio da fraternidade, que traz à seara da execução penal aspectos humanísticos muitas vezes esquecidos. Ao julgar *habeas corpus* no qual uma condenada pleiteava a progressão, o ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca assentou que, ao analisar o cumprimento dos requisitos em casos semelhantes, é preciso ter claro que

“a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade; b) O princípio da fraternidade é um macrop princípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art.

3º); c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional.

[...]

Ademais, essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a progressão da pena) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). No mesmo diapasão: AgRg no HC 532.787/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 12/11/2019)”.¹⁷⁸

São requisitos **cumulativos** para a progressão especial:

I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

*V – não ter integrado organização criminosa.*¹⁷⁹

A fração de pena a ser cumprida é menor do que a parcela mais baixa do art. 112 (dezesseis por cento). E essa fração mínima (1/8) deve ser observada mesmo em se tratando de crimes hediondos e equiparados, pois o § 3º do art. 112, ao elencar os requisitos da progressão especial, não excepciona em relação a essa espécie de crimes mais graves. Há, pois, uma progressão de regime mais branda para crimes de natureza hedionda tendo em consideração as condições pessoais da condenada.¹⁸⁰

178. HC 562.452/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/04/20.

179. Há quem sustente que a expressão “organização criminosa” não se refere especificamente à definição da Lei 12.850/13, estendendo-se a qualquer forma de sociedade delitiva, como a associação criminosa (art. 288 do CP) e a associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06). O STJ, contudo, afastou essa possibilidade no caso de uma condenada por associação para o tráfico que pleiteara a progressão de regime sob as regras especiais e teve negado o benefício sob o argumento de que “organização criminosa” é uma expressão genérica que abrangeria outros crimes além daquele tipificado na lei especial. Segundo o tribunal, a expressão tem definição jurídica própria e, na qualidade de norma híbrida, ligada ao *status libertatis*, o inciso V deve ser interpretado de forma restritiva, e não ampliativa (HC 522.651/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/08/2020).

180. Ao alterar a redação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, a Lei 13.769/18 também modificou a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados para a condenada gestante, mãe

O § 4º do art. 112 – também inserido pela Lei 13.769/18 – estabelece que o cometimento de novo crime doloso ou falta grave implica “a revogação do benefício previsto no § 3º”, ou seja, provoca a regressão de regime. Sem implicar na violação do princípio da presunção de inocência – ou de não culpa –, não se exige – assim como ocorre na regressão disposta no art. 118 da LEP – sentença condenatória transitada em julgado, bastando prova, no incidente próprio, de que a condenada praticou crime ou fato definido como falta grave.

Dada a redação do § 4º do art. 112, uma dúvida pode surgir: “revogação do benefício” quer dizer apenas a regressão de regime ou também a impossibilidade de que nova progressão seja concedida com base nas regras mais amenas? Trata-se, pensamos, de vedação a nova progressão de regime com base no § 3º do art. 112. Caso a condenada cumpra os requisitos do § 3º, progrida de regime e cometa novo crime ou falta grave, deverá regredir e cumprir os requisitos gerais para que possa progredir de regime novamente. Assim é porque não faria sentido se referir a “revogação do benefício” se a intenção fosse apenas a regressão, que já uma consequência necessária do cometimento de crime ou falta grave durante a execução da pena, como estabelece o art. 118, I, da LEP. Como o § 3º do art. 112 estabelece uma forma de progressão especial, devem ser beneficiadas somente as condenadas que se mostrem aptas à ressocialização, pois, caso contrário, não se justifica o tratamento menos severo.

Por fim, o art. 72 da LEP, que trata das atribuições do Departamento Penitenciário Nacional, passa contar com o inciso VII, que impõe ao órgão a obrigação de “acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais”. Pretende-se com isso, diante das regras menos severas para a progressão de regime, garantir que as finalidades da pena sejam cumpridas e que as intenções da execução penal mais moderada (cuidados com a gestação, o filho ou a pessoa dependente) sejam alcançadas.

E o § 2º do art. 72 – também inserido pela Lei 13.769/18 – dispõe que “Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do caput serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça”. Considerando que as mulheres que são monitoradas já foram beneficiadas pela progressão mais branda, o que torna dispensável a avaliação da desnecessidade do regime fechado, a nosso ver este dispositivo cria um procedimento de política criminal em que a efetividade da ressocialização de mulheres que progrediram de regime com base na regra especial do § 3º do art. 112 pode indicar

ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, determinando que fossem observadas as regras estabelecidas nos §§ 3º e 4º do art. 112 da LEP. A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) revogou aquele dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos e alterou o art. 112, que atualmente trata dos requisitos temporais da progressão de todos os delitos, inclusive dos hediondos, nos incisos do *caput*. As regras especiais que haviam sido inseridas nos §§ 3º e 4º, contudo, permanecem em pleno vigor e, portanto, continuam sendo aplicadas para as mulheres condenadas naquelas circunstâncias.

a desnecessidade de que se imponha o regime inicial fechado nas futuras condenações de outras mulheres que estejam na mesma condição e que tenham cometido crimes sem violência ou grave ameaça. Dessa forma, provando-se efetiva a progressão especial criada pela Lei 13.769/18, seria possível, mesmo diante da quantidade da pena aplicada, que o juiz afastasse o regime inicial fechado e determinasse desde logo o acompanhamento da condenada pelos órgãos incumbidos da fiscalização da execução penal.

IV – Questões controvertidas

Feitas as considerações acima, suficientes para entender o sistema progressivo, algumas indagações devem ser exploradas.

Ao progredir do regime fechado para o semiaberto, novo prazo começa a correr para o reeducando progredir do semiaberto para o aberto. Mas qual o termo inicial desse novo prazo? Existe na jurisprudência indisfarçável divergência, e que envolve a natureza jurídica da decisão que defere a progressão de regime de cumprimento de pena.

Para quem entende ser a decisão meramente declaratória, define-se o marco inicial da progressão seguinte a partir do implemento dos requisitos do art. 112 da LEP. Contudo, para quem entende ser constitutiva, o termo inicial se dá com a sua publicação. O STJ e o STF têm adotado a primeira corrente. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza meramente declaratória. O lapso temporal para aquisição de benefícios deve ser a data em que foi efetivamente alcançado o rol de requisitos (objetivos e subjetivos) para a concessão da benesse. Deferido o direito de progressão, o lapso inicial para contagem deve retroagir ao tempo que o reeducando alcançou o direito à progressão.

Tema não menos importante diz respeito aos efeitos da falta grave no direito de progressão. De acordo com o §6º., o cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. Antes da Lei 13.964/19, a LEP não fazia qualquer referência à interrupção do lapso temporal para a progressão como consequência do cometimento de falta grave. Ainda assim, a sanção era aceita pela jurisprudência, mas criticada por parte da doutrina devido à falta de previsão legal. Agora, o desdobramento da falta disciplinar está expressamente previsto em lei.

Prevalece o entendimento de que não existe progressão em saltos (do regime fechado para o aberto). A Exposição de Motivos da LEP, no item 120, afirma que se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Nesse mesmo sentido temos a súmula 491 do STJ.

Em agosto de 2016, o STF editou a súmula vinculante 56, anunciando que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. No citado Recurso Extraordinário, facilita-se a progressão, mas sem permitir que ocorra “saltando” o regime intermediário. Quais seriam esses parâmetros referidos na súmula? Vejamos:

I) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas: os ministros lembraram que as vagas no regime semiaberto e aberto não são inexistentes, mas sim insuficientes. Diante disso, como alternativa, antecipa-se a saída de sentenciados que já estejam no regime de destino, abrindo vaga para aquele que acaba de progredir. Por exemplo, “A” progrediu para o semiaberto e não existem vagas em estabelecimento apropriado. “A” não deve ir direto ao aberto, pois antes deve cumprir parcela da pena no semiaberto. A sua vaga nasce da progressão de preso do semiaberto que se encontra mais próximo da progressão para o aberto. Evita-se, com isso, a progressão por salto;

II) a liberdade eletronicamente monitorada: utilização de tornozeleiras eletrônicas para permitir a fiscalização do cumprimento da pena;

III) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto: para os ministros, “se não há estabelecimentos adequados ao regime aberto, a melhor alternativa não é a prisão domiciliar, mas a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos”. Tendo em vista que as penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade (mesmo em regime aberto), os ministros entenderam que “ao condenado que progride ao regime aberto, seria muito mais proveitoso aplicar penas restritivas de direito, observando-se as condições dos parágrafos do art. 44 do CP, do que aplicar a prisão domiciliar”. Aqui, vale observar, o STF contrariou a súmula 493 do STJ, segundo a qual “é inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto”.

Dentro desse espírito da Súmula Vinculante 56, a Terceira Seção do STJ fixou, pelo rito dos recursos repetitivos, a tese de que a inexistência de estabelecimento penal adequado não autoriza a automática concessão de prisão domiciliar. No caso julgado (REsp 1.710.674, j. 22/08/2018), o Ministério Público pleiteava a reforma de decisão que havia concedido a prisão domiciliar a um condenado sem a observância dos parâmetros estabelecidos no RE 641.320. Além disso, sustentava-se que a situação do preso não se subsumia às disposições do artigo 117 da LEP. O ministro Reynaldo Soares da Fonseca lembrou manifestação do ministro Gilmar Mendes, relator do RE 641.320, no sentido de que a prisão domiciliar pode ser pouco efetiva quando, alternativa ao regime menos severo, restringe totalmente o direito de deixar a residência, impedindo, por exemplo, o exercício de trabalho externo. Isso fica mais evidente quando esta forma de prisão é imposta no lugar do regime aberto, hipótese em que pode haver substituição pelo cumprimento de penas alternativas e/ou por estudo. Assim, para que se cumpram com a maior eficácia possível as finalidades da pena, veda-se a imposição de prisão domiciliar como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no recurso extraordinário já citado. A tese foi firmada nos seguintes termos:

“A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS”.

Discute-se se o reeducando pode se recusar a progredir de regime. Uma primeira corrente sustenta que a lei não deixou escolha para o juiz e muito menos para quem se encontra na iminência de progredir. Se um preso preencheu os requisitos legais, deve obrigatoriamente ser transferido para o regime menos gravoso. Essa passagem na execução não está condicionada à vontade do reeducando. Outra corrente, no entanto, leciona ser possível o reeducando recusar o benefício. Tratando-se de direito do preso, pode ser por ele recusado. Aliás, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana exigir de uma pessoa que ela usufrua um direito que não pretende. A conquista de regime menos severo deve observar a vontade do preso (ressocialização voluntária). De nada adiantaria transferi-lo forçadamente. Essa imposição poderia redundar numa conduta negativa do reeducando para poder retornar ao regime do qual jamais quis abandonar. Caso notável foi o de Suzane von Richthofen. Condenada pelo assassinato dos pais, no ano de 2014, se manifestou se insurgiu contra a sua progressão de regime, requerendo ao juízo da execução para não ser obrigada a deixar o regime fechado. A discussão foi reacendida, recentemente, quando o ex-presidente Lula, também preso no regime fechado, se recusou, em 2019, a cumprir eventual determinação de progressão para o regime semiaberto.

6.11. Limite das penas

Em sintonia com a garantia constitucional estampada no art. 5º, XLVII, “b” (vedação da pena de caráter perpétuo), o art. 75 do CP anuncia o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade.¹⁸¹ Antes da Lei 13.964/19, era de 30 anos. Após a citada Lei, 40 anos¹⁸².

181. Para os efeitos do art. 75, no “tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade” se inclui o período em que o condenado esteve em livramento condicional, ou seja, o dispositivo não limita seus efeitos ao período em que o agente ficou efetivamente segregado: “1. Com o norte dos princípios da isonomia e da razoabilidade, pode-se afirmar que o instituto do livramento condicional deve produzir os mesmos efeitos para quaisquer dos apenados que nele ingressem e tais efeitos ao apenado não devem ser alterados no decorrer do período de prova, ressalvado o regramento legal a respeito da revogação, devendo o término do prazo do livramento condicional coincidir com o alcance do limite do art. 75 do CP. Um dia em livramento condicional corresponde a um dia em cumprimento de pena privativa de liberdade, exceto em hipótese de revogação, observado o disposto no art. 88 do CP e 141 da LEP. 1.1. Uma análise topográfica da LEP ampara uma interpretação no sentido de que o livramento condicional configura forma de cumprimento das penas privativas de liberdade, embora as condicionantes sejam restritivas de liberdade. 2. Cumpre ressaltar que a consideração do período de prova para alcance do limite do art. 75 do CP não se confunde com o requisito objetivo para obtenção do direito ao livramento condicional. Em termos práticos, o Juiz da Execução Penal, para conceder o livramento condicional, observará a pena privativa de liberdade resultante de sentença(s) condenatória(s) (Súmula n. 715 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF). Alcançado o requisito objetivo para fins de concessão do livramento condicional, a duração dele (o período de prova) será correspondente ao restante de pena privativa de liberdade a cumprir, limitada ao disposto no art. 75 do CP” (STJ: REsp 1.922.012/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 05/10/2021).

182. Temos corrente lecionando que o novel prazo afronta a Constituição Federal, mais precisamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade da pena. Não nos parece. Quando analisamos o início da imputabilidade penal (18 anos) e a expectativa média de vida dos brasileiros (76 anos), o prazo parece razoável.

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19
Limite das penas Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. § 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. § 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.	Limite das penas Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. § 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Logo, quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Em caso de fuga do condenado do estabelecimento prisional, o limite de 40 (quarenta) anos deve ser contado a partir do início do cumprimento da pena, e não de sua eventual recaptura. Em outras palavras, a fuga não interrompe a execução da pena privativa de liberdade. Provoca apenas sua suspensão.

Deve ser alertado que a pena unificada para atender ao limite de quarenta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução (Súmula 715 do STF).

Um problema deve ser resolvido: imaginemos um condenado que cumpre penas por crimes cometidos antes da Lei 13.964/19 e também por crimes cometidos após. O teto temporal da execução será de 30 (antiga redação do art. 75 do CP) ou de 40 anos (nova redação do art. 75)? Será o teto anterior ou posterior ao pacote anticrime?

Sugerimos o que segue. Sabendo que a lei mais gravosa não retroage para alcançar os fatos pretéritos, o teto deve corresponder à média simples, qual seja, 35 anos. Para tanto, o somatório das penas dos crimes cometidos após a Lei 13.964/19 deve alcançar, pelo menos, 5 anos. Caso contrário, prevalece o prazo anterior (30 anos).

Exemplo: Fulano foi condenado ao cumprimento de 50 anos por crimes cometidos antes da Lei 13.964/19, e 3 anos por crimes cometidos após. O limite máximo de cumprimento de pena deve observar 30 anos. Se condenado a mais de 5 anos por crimes cometidos após a Lei 13.964/19, o limite seria de 35 anos, média simples dos tetos antigo e novo.

Por fim, alertamos que a mudança no tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade reflete no julgamento dos pedidos de extradição. Vejamos.

A legislação brasileira exige para a concessão da extradição a comutação da pena de morte em pena privativa de liberdade, ressalvados os casos em que a nossa lei permite sua aplicação. No caso de pena de prisão perpétua, a jurisprudência do STF chegou a entender ser desnecessária sua comutação. Contudo, essa orientação mudou. O STF, no julgamento da Extradição nº 855, passou a entender que a entrega do extraditando para países que imponham prisão perpétua depende da comutação dessa sanção em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75):

EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, “b”). - A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva.

A entrega do extraditando para países que imponham prisão perpétua, agora, depende da comutação dessa pena para sanção privativa de liberdade que não ultrapasse 40 anos (art. 75 do CP).¹⁸³

7. PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

É de todos conhecida a deficiência das condições penitenciárias existentes no nosso país, colocando em xeque a eficiência/eficácia das penas privativas de liberdade.

Estudiosos (com aval do legislativo) buscam, incessantemente, alternativas para essa espécie de sanção penal, notadamente as de curta duração.

183. Segundo o STF, se o crime é anterior à Lei 13.964/19, a comutação deve respeitar o máximo de trinta anos: “A Turma, por unanimidade, deferiu a extradição, nos termos do voto da Relatora e, por maioria, fixou o entendimento de que os fatos incriminados que sejam investigados, anteriores a 24 de dezembro de 2019, impõe, para fins de extradição, o compromisso do Estado estrangeiro em estabelecer o cumprimento de pena máxima de 30 anos para o extraditando, vencidos, no ponto, os Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, que admitiam a possibilidade de aplicação da novel legislação de 40 anos para o compromisso” (Ext. 1652, Rel. Min. Rosa Weber, j. 19/10/2021).

É dentro desse espírito que a lei determina ao juiz sentenciante¹⁸⁴, depois de fixado o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, verificar a possibilidade de substituí-la por penas alternativas¹⁸⁵ (restritivas de direitos e/ou multa), ou modificar a sua execução (*sursis* e livramento condicional).

Em resumo:

Restritiva de Direitos/Multa	<i>Sursis</i> /Livramento Condicional
Espécies de pena alternativa	Espécies de medida alternativa
Substituem a pena privativa de liberdade (de curta duração), restringindo direitos do condenado.	Mantêm a pena privativa de liberdade, mas modificam a sua execução (evitando prisão), mediante condições.

Vamos estudar cada uma, separadamente, começando pelas penas restritivas de direitos, em seguida pela multa, passando para o instituto do *sursis* e encerrando com o livramento condicional.

7.1. As penas restritivas de direitos

7.1.1. Introdução

As restritivas de direitos, espécies de pena alternativa, seguindo a tendência do direito penal moderno, buscam eliminar a pena privativa de liberdade de curta duração, por não atender satisfatoriamente às finalidades da sanção penal.

Como bem ensinam **Juan Carlos Ferré Olivé**, **Miguel Ángel Núñez Paz**, **William Terra de Oliveira** e **Alexis Couto de Brito**:

“Evidentemente, a pena privativa de liberdade e a multa privam o sujeito de importantíssimos direitos, constitucionalmente tutelados (a liberdade e o patrimônio). Todavia, o marco de sanções prevê a privação de outros direitos através da pena, pois desta forma alcançam-se mais corretamente os objetivos da prevenção geral e especial. Trata-se

184. O juiz da execução também pode substituir por penas restritivas a prisão em cumprimento, desde que **não superior a quatro anos** e se comprovado o preenchimento dos pressupostos trazidos pelos incisos I a III do art. 180 da LEP (condenado cumprindo pena no regime aberto; cumprimento de ao menos um quarto da pena; elementos e personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável). Note-se que embora o caput do art. 180 da LEP estabeleça que a pena privativa de liberdade não pode ser superior a dois anos, essa regra não mais se aplica diante da atual disciplina relativa às penas restritivas de direitos, introduzida pela Lei nº 9.714/98.

185. Não podemos confundir as penas alternativas com as denominadas “alternativas à pena”. As penas alternativas são aplicadas em substituição às privativas de liberdade. Dessa forma, em caso de condenação, após proceder na forma do art. 68 do Código Penal para estabelecer a pena privativa de liberdade, o juiz efetua a substituição se preenchidos os requisitos legais específicos. No caso de descumprimento, dá-se a conversão com o consequente encarceramento do sentenciado. As alternativas à pena, por outro lado, surgem como forma de punição autônoma baseada na crescente resistência à pena de prisão, tida como incapaz de cumprir suas finalidades de prevenção e ressocialização. Na alternativa à pena, não há possibilidade de privação de liberdade.

de hipóteses muito heterogêneas. Chegou-se a contestar a natureza jurídica destas sanções, pois, discute-se, se são penas ou medidas de segurança. Contudo, cremos estar diante de autênticas penas, já que seu fundamento radica na culpabilidade e não na periculosidade do sujeito. Por outro lado, trata-se de sanções político-criminalmente necessárias, porque permitem cobrir espaços que requerem uma resposta penal, mas que se pode resolver satisfatoriamente por meio de alternativas à pena privativa de liberdade.”¹⁸⁶.

☑ **A substituição da prisão por penas alternativas é direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz sentenciante?**

De acordo com a maioria, a sanção alternativa deve ser compreendida como **direito público subjetivo do réu**, de modo que, presentes as exigências legais, impõe-se a sua concessão.

7.1.2. Restritivas de direitos: espécies

As penas restritivas de direitos dividem-se em **reais** (prestação pecuniária e perda de bens e valores) e **pessoais** (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). São, ao todo, cinco espécies¹⁸⁷:

Classificação das penas restritivas de direito	
Reais	Pessoais
Prestação pecuniária art. 45, §1º	Prestação de serviços à comunidade art. 46
Perda de bens e valores art. 45, §3º	Interdição temporária de direitos art. 47
–	Limitação de fins de semana art. 48

186. Ob. cit. p. 638.

187. Nada impede que outras leis (extravagantes) criem penas restritivas especiais. Sem a pretensão de esgotá-las, trazemos algumas leis que anunciam penas alternativas diversas daquelas previstas no CP: o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), por exemplo, para o usuário, prevê penas de advertência e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo; o art. 201, § 2º, da Lei Geral do Esporte determina ao juiz converter a pena de reclusão em pena impeditiva de comparecimento às proximidades da arena esportiva, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de 3 (três) meses a 3 (três) anos, de acordo com a gravidade da conduta, na hipótese de o agente ser primário, ter bons antecedentes e não ter sido punido anteriormente pela prática de condutas previstas no mesmo artigo (201); a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) trouxe, no art. 13, o recolhimento domiciliar como pena alternativa, baseando-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória; por fim, prescreve o Código de Defesa do Consumidor que, além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do Código Penal: [...] II – a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação (art. 78).

Vejamos (numa síntese) as várias espécies de penas restritivas:

(A) Prestação pecuniária

A primeira espécie de pena restritiva de direitos indicada pelo artigo 43 do Código Penal é a prestação pecuniária (e que não se confunde com a multa, como logo se demonstrará), novidade introduzida pela Lei 9.714/98.

Consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.¹⁸⁸

O valor pago a título de prestação pecuniária será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º, CP)¹⁸⁹.

188. Segundo o STJ, a prestação pecuniária não pode ser calculada com base no art. 49, § 1º, do CP, aplicável exclusivamente à pena de multa: “I - A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que “A pena restritiva de direitos consistente na prestação pecuniária deve ser calculada com base no valor do salário mínimo vigente à época do pagamento. Precedentes” (EDcl no HC 529.379/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 16/3/2020). II - A prestação pecuniária e a pena de multa são institutos diversos, com consequências jurídicas diversas, de modo que não é possível a aplicação analógica do disposto no art. 49, § 1º, do Código Penal. Não se pode querer aplicar à prestação pecuniária a forma de pagamento de valores relativos à pena de multa, diante do caráter de recomposição do dano causado à vítima da pena restritiva de direitos” (AgRg no REsp 1.907.206/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/03/2021).

189. Atente-se para o fato de que a Lei nº 11.719/2008 criou a possibilidade de fixação, no momento de prolação da sentença condenatória, do *quantum* mínimo indenizatório (art. 387, IV, CPP). De acordo com o STJ, o valor correspondente à pena de prestação pecuniária deve ser deduzido do montante imposto nos termos do art. 387 do CPP: “Inicialmente, em uma interpretação teleológica, tem-se que o art. 45, § 1º, do Código Penal previu uma ordem sucessiva de preferência entre os beneficiários elencados. Havendo vítima determinada, impõe-se que o valor estipulado para prestação pecuniária seja a ela destinado. Nesse contexto, é necessário o estudo particularizado dos institutos da prestação pecuniária (art. 45, § 1º, do CP) e da reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do CPP) para determinar se é possível a compensação. O art. 45, § 1º, do Código Penal prevê que a prestação pecuniária tem natureza de pena (restritiva de direitos), contudo, possui finalidade nitidamente reparatória (cível), ao dispor que ‘(...) consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social (...)’. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a referida pena restritiva de direitos guarda correspondência com o prejuízo causado pelo delito, o que reforça seu caráter reparatório. Por sua vez, o art. 387, IV, do Código de Processo Penal visa assegurar a reparação cível dos danos causados pela infração penal, representando nítida antecipação efetuada pelo juiz criminal. Assim, explicitada a natureza jurídica dos institutos, em razão da finalidade reparatória presente em ambas disposições legais e, ainda, diante da coincidência de beneficiários (vítima), impõe-se a dedução do montante fixado a título de reparação de danos - art. 387, IV, do Código de Processo Penal, do que foi estipulado a critério de prestação pecuniária substitutiva - art. 45, § 1º, do Código Penal, que prevê: ‘(...) O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários’. Ressalta-se, por fim, que o valor fixado para reparação dos danos - art. 387, IV, do CPP - refere-se a um valor mínimo, nada impedindo que a vítima requeira valor superior no âmbito cível.” (REsp 1.882.059/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 19/10/2021).

De acordo com o que disposto no artigo 45, §2º, desde que o beneficiário da prestação assinta, poderá a prestação pecuniária ser transformada em prestação de outra natureza, previsão de duvidosa constitucionalidade, já que estabelece a possibilidade de criação de pena sem previsão legal, violando-se o basilar princípio da legalidade.

(B) Perda de bens e valores;

A perda de bens e valores, sanção alternativa também introduzida pela Lei 9714/98, dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento criminoso obtido pelo agente ou por terceiro (art. 45, §3º do CP).

Para muitos, com outra etiqueta, o que se criou foi, na verdade, a pena de confisco. Assim, somos obrigados a diferenciar o “confisco-pena” do “confisco-efeito da condenação” e, para tanto, nos socorremos das lições de **Bitencourt**:

“Há duas distinções básicas entre ‘confisco-pena’ e ‘confisco-efeito da condenação’: 1ª) o *confisco-efeito* destina-se à União, como receita não tributária, enquanto o *confisco-pena* destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional; 2ª) o objeto do *confisco-efeito* são os instrumentos e produtos do crime (art. 91, II, do CP), enquanto o objeto do confisco-pena é o patrimônio pertencente ao condenado (art. 45, § 3º, do CP). Não é, lamentavelmente, nem a reparação do prejuízo causado nem o proveito do crime. Esses dois – prejuízo causado e proveito do crime – servem apenas de parâmetro para o cálculo.”¹⁹⁰.

Acrescentamos mais uma: o *confisco-efeito* pode passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF/88), enquanto o *confisco-pena* deve obedecer ao princípio da pessoalidade da pena.

(C) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

A prestação de serviços, aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade, consiste na execução de atividades à comunidade ou a entidades públicas (ex.: hospitais, escolas, orfanatos, programas comunitários¹⁹¹⁻¹⁹²).

190. Ob. cit. p 695.

191. Entendemos não ser possível cumprir a pena alternativa em igrejas ou qualquer templo religioso, por ofensa ao Estado laico e por não se enquadrar no espírito da prestação de serviço à comunidade.

192. A Lei nº 13.281/16 inseriu no Código de Trânsito Brasileiro o art. 312-A – em vigor a partir de novembro de 2016 – que dispõe sobre a pena restritiva de direitos aos condenados pelos crimes tipificados nos arts. 302 a 312 daquele Código. De acordo com o novo dispositivo, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas deve consistir em: I – trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito; II – trabalho em unidades de pronto-socorro de hospitais da rede pública que recebem vítimas de acidente de trânsito e politraumatizados; III – trabalho em clínicas ou instituições especializadas na recuperação de acidentados de trânsito; IV – outras atividades relacionadas ao resgate, atendimento e recuperação de vítimas de acidentes de trânsito.

Será prestada de forma gratuita (art. 30 da LEP), sem gerar vínculo empregatício com o Estado (art. 28, §2º, LEP)¹⁹³, devendo ser observadas, para a atribuição das tarefas, as aptidões do reeducando.

Para cada dia de condenação imposto na sentença, uma hora de serviço deverá ser prestado, cuidando-se para que as tarefas não prejudiquem a jornada normal de trabalho do condenado.

Quando a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (art. 46, §4º do CP).

Cabimento	Pena privativa de liberdade superior a 6 meses.
Razão	1 hora de trabalho por 1 dia de pena.
Pena superior a 1 ano	É facultado o cumprimento em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

O juiz da execução designará a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado irá trabalhar, gratuitamente, conforme suas aptidões (art. 149 da LEP).

A forma de execução poderá ser alterada para ajustá-la às modificações, por exemplo, ocorridas na jornada de trabalho (art. 148 da LEP).

Da leitura do art. 150 da LEP conclui-se que o início do cumprimento da pena restritiva dar-se-á a partir da data do primeiro comparecimento do reeducando, ficando a entidade beneficiada obrigada a encaminhar, mensalmente, ao Juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas pelo condenado, bem como, a qualquer tempo, ausência ou falta disciplinar.

O relatório circunstanciado é uma forma de acompanhamento do cumprimento da prestação de serviço. O condenado tem que cumprir pontual e assiduamente o horário de trabalho estabelecido, servindo o relatório como ferramenta para verificação de tais obrigações.

(D) Limitação de fim de semana;

Nos termos do artigo 48 do Código Penal, a limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrados cursos e palestras

193. Diante de tais características há corrente (minoritária) alegando sua inconstitucionalidade, sob o fundamento de constituir-se em inaceitável pena de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, “c”, CF). Cléber Masson, no entanto, assim rebate: “Em primeiro lugar, a prestação de serviços tem amparo constitucional, fruto do Poder Constituinte Originário (art. 5º, XLVI, “d”), afastando, assim, a argumentação da inconstitucionalidade. Como se sabe, não há norma constitucional inconstitucional quando instituída originariamente pelo texto constitucional. Além disso, essa pena restritiva de direitos representa um benefício ao condenado, que pode ou não desempenhar as tarefas atribuídas, optando pela pena substitutiva ou então pela reconversão à pena privativa de liberdade”. (Ob. cit., p. 650).

ou atribuídas atividades educativas nesses períodos. Visa a reestruturação intelectual e social do condenado.

Caberá ao Juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena.

Durante o período de recolhimento, poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas (art. 152 da LEP).

Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação (art. 152, parágrafo único). É sabido que a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais (art. 8º, Lei 11.340/06), tendo como diretrizes (entre outras): **a)** promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão da “Lei Maria da Penha” e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres; **b)** a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia.

Dentro desse espírito, o artigo em estudo, nas hipóteses de crimes configuradores de violência doméstica e familiar contra a mulher¹⁹⁴, prevê o comparecimento obrigatório do agressor a programas reeducativos.

(E) Interdição temporária de direitos.

Existem cinco espécies de pena de interdição temporária de direitos, previstas no art. 47 do CP:

(i) Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

(ii) Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

Essas duas primeiras são específicas, só podendo ser aplicadas aos crimes cometidos no exercício de cargo, função, atividade, profissão ou ofício, com violação de deveres a estes inerentes (CP, art. 56).

(iii) A suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (art. 47, III do CP). Essa espécie de pena restritiva de direitos foi tacitamente revogada pelo CTB (Lei nº 9.503/97).

(iv) Proibição de frequentar determinados lugares.

(v) Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. Inovação trazida pela Lei 12.550/11, esta proibição deve ser aplicada, em especial (e não exclusivamente), aos candidatos que concorrerem, direta ou indiretamente, para as fraudes

194. A violência doméstica e familiar, segundo estabeleceu o STJ por meio da súmula 600, independe de coabitação entre o autor do crime e a vítima.

de certames públicos, compreendendo concurso público, avaliação ou exame públicos, processo seletivo para ingresso no ensino superior, exame ou processo seletivo previstos em lei (art. 311-A do CP).

Na hipótese de pena de interdição do artigo 47, inciso I, do CP, a autoridade deverá, em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início.

Nas hipóteses do artigo 47, inciso II, do CP, o Juízo da execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do direito interditado.

☒ **E na hipótese do inc. V (proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos)?**

Por falta de amparo legal, a execução e/ou fiscalização da pena não será fácil. Para os certames em que são exigidas dos candidatos certidões criminais negativas para a inscrição ou posse, a questão fica contornada, cabendo ao próprio órgão com cargo em concurso a fiscalização. Mas para aqueles (como OAB, ENEM etc.) em que a exigência não se repete, a tarefa parece difícil, se não inviável, demandando urgente regulamentação, quem sabe com a criação de um cadastro no CNJ, a ser consultado, reunindo os condenados a essa espécie de interdição.

7.1.3. Restritivas de direitos: características

Dispõe o artigo 44 do Código Penal que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando presentes os requisitos legais.

Do exposto, extraímos duas características:

(A) **Autonomia:** as penas restritivas de direito não podem ser cumuladas com as penas privativas de liberdade¹⁹⁵;

(B) **Substitutividade:** o juiz sentenciante primeiro fixa a pena privativa de liberdade (observando o artigo 68 do CP), anunciando, em seguida, seu regime inicial de cumprimento. Depois, na mesma sentença, substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos¹⁹⁶.

☒ **Qual o prazo da pena restritiva?**

As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída (art. 55 do CP).

Exemplo: suponhamos que JOÃO foi condenado a 2 anos de reclusão pela prática do crime de furto qualificado pela fraude (art. 155, § 4º, II, 2ª figura, do CP). Mostrando-se

195. Há, entretanto, exceções, como aquelas previstas no art. 78 do Código de Defesa do Consumidor e nos artigos 302, 303, 306, 307 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro.

196. A exceção, nesse aspecto, fica por conta do artigo 28 da Lei de Drogas, que prevê, para o usuário de drogas, penas alternativas como principais (e não substitutivas). No caso, o juiz fixa, desde logo, a pena alternativa, não havendo sanção privativa a ser substituída.

possível a sua substituição por restritivas de direitos (da espécie limitação de fim de semana), a pena alternativa terá a mesma duração da privativa substituída (2 anos).

Esta regra, entretanto, comporta **exceções**:

1ª) Penas restritivas de natureza real – a prestação pecuniária e a perda de bens e valores se esgotam no momento em que são adimplidas as obrigações respectivas (art. 55, *caput*, CP).

2ª) Prestação de serviços à comunidade – esta espécie de pena restritiva de direito poderá ser cumprida em até metade do tempo da pena privativa de liberdade, se a pena for superior a 1 (um) ano (art. 55 c/c art. 46, §4º, ambos do CP).

3ª) Impedimento de comparecimento às proximidades de arena esportiva – prevista na Lei Geral do Esporte (art. 201, § 2º), esta pena restritiva de direitos pode ter duração **superior** à pena abstratamente prevista no preceito sancionador.

4ª) Suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens – prevista na Lei 13.869/19 (Lei de Abuso de Autoridade), esta pena restritiva pode ter prazo de duração inferior à pena substituída.

7.1.4. Restritivas de direitos: requisitos

Os **requisitos** para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos estão previstos no artigo 44 do Código Penal e variam de acordo com a espécie de delito praticado.

(A) Substituição da pena nos crimes dolosos

Nos crimes dolosos, a substituição da pena privativa de liberdade depende do preenchimento de quatro requisitos, dois de natureza objetiva e dois de natureza subjetiva. São eles:

- (i) pena aplicada não superior a 4 (quatro) anos¹⁹⁷⁻¹⁹⁸
- (ii) crime cometido sem violência real ou grave ameaça à pessoa¹⁹⁹

197. A Lei de Crimes Ambientais, ao prever o mesmo instituto, estabeleceu como requisito objetivo a pena **inferior** a quatro anos, restringindo as hipóteses de concessão do benefício. (Lei nº 9.605/98. Art. 7º *As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: I – tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos*).

198. A aplicação da pena restritiva de direitos no concurso de crimes deve observar a pena total, não a incidente sobre cada um dos delitos (no caso do concurso material), como se extrai dos seguintes julgados do STJ: a) "No tocante aos pedidos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime menos gravoso, incabível o acolhimento dessas pretensões, porquanto as sanções aplicadas, quando somadas diante do concurso material, excedem os limites legais impostos para a concessão dos benefícios almejados" (HC 203.019, j. 27/10/2015); b) "Em concurso material de crimes, o regime inicial e a análise quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devem ocorrer sob o somatório das reprimendas (RHC 41883, j. 05/04/2016).

199. A utilização de simulacro de arma é suficiente para configurar a grave ameaça do tipo penal do roubo e para impedir a substituição da pena (STJ - REsp 1.994.182/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13/12/2023).

(iii) não ser o condenado reincidente em crime doloso

(iv) seja indicada e suficiente a substituição da pena.

Ainda que verificada a reincidência, permite-se a conversão da pena se o condenado não for reincidente específico desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável (art. 44, §3º, CP). Tratando-se de reincidência isolada, decorrente de um crime de menor gravidade, a substituição pode ser conveniente. Se, por outro lado, além da reincidência há outros elementos, como circunstâncias judiciais desfavoráveis, a substituição deve ser afastada.²⁰⁰ Trata-se de clara expressão do **princípio da suficiência da pena alternativa**. De acordo com o STJ, a reincidência específica de que trata o § 3º decorre da prática de crimes idênticos, não apenas da mesma espécie:

“3. Toda atividade interpretativa parte da linguagem adotada no texto normativo, a qual, apesar da ocasional fluidez ou vagueza de seus termos, tem limites semânticos intransponíveis. Existe, afinal, uma distinção de significado entre “mesmo crime” e “crimes de mesma espécie”; se o legislador, no particular dispositivo legal em comento, optou pela primeira expressão, sua escolha democrática deve ser respeitada. 4. Apesar das possíveis incongruências práticas causadas pela redação legal, a vedação à analogia in malam partem impede que o Judiciário a corrija, já que isso restringiria a possibilidade de aplicação da pena substitutiva e, como tal, causaria maior gravame ao réu. [...] 6. Agravo regimental desprovido, com a proposta da seguinte tese: a reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP somente se aplica quando forem idênticos (e não apenas de mesma espécie) os crimes praticados.”²⁰¹

(B) Substituição da pena nos crimes culposos

Nos crimes culposos, qualquer que seja a pena (não importando o delito cometido), permite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No que tange aos crimes culposos de homicídio qualificado e de lesão corporal qualificada cometidos na direção de veículo automotor, a Lei 14.071/20 inseriu no Código de Trânsito Brasileiro o art. 312-B com o propósito de vedar a substituição da pena, embora não o tenha feito adequadamente.²⁰²

200. STJ: AgRg no REsp 1.229.970/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 19/11/2015.

201. AREsp 1.716.664/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 25/08/2021.

202. O STJ decidiu que a vedação não retroage para crimes cometidos antes da vigência da Lei 14.071/20: “Outrossim, o crime foi praticado pelo Paciente em 13/07/2018, ou seja, antes da edição da Lei n. 14.071/2020, que acrescentou ao Código de Trânsito Brasileiro o art. 312-B – dispositivo que prescreveu que “[a]os crimes previstos no § 3º do art. 302 e no § 2º do art. 303 deste Código não se aplica o disposto no inciso I do caput do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940”. Portanto, é indiscutível que não há vedação legal para que, no crime de homicídio culposo na direção de veículo cometido sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, praticado antes do início da vigência da nova redação do art. 312-B do

Com efeito, dispõe o art. 312-B que “Aos crimes previstos no § 3º do art. 302 e no § 2º do art. 303 deste Código não se aplica o disposto no inciso I do *caput* do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)”. Ocorre que o inciso I apenas contém um dos requisitos para que se aplique a pena restritiva de direitos, cuja existência é de fato fundamentada no *caput* do art. 44. Ao dispor que nos referidos crimes não se aplica o inciso I, o art. 312-B na verdade afasta a necessidade de que sejam cumpridas as disposições do próprio inciso I (que, de resto, não influenciavam mesmo a substituição nos crimes culposos, baseada no inciso III). A intenção, obviamente, foi impedir a substituição da pena a favor de quem comete homicídio culposo ou lesão corporal culposa de natureza grave ou gravíssima enquanto dirige embriagado²⁰³, mas teria sido melhor adotar a fórmula “é vedada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos”, semelhante ao que faz a Lei 11.343/06.

Aliás, a menção à Lei 11.343/06 nos faz recordar que o Supremo Tribunal Federal não tem aceitado vedações abstratas a benefícios como a substituição da pena. No julgamento do HC 97.256/RS, o tribunal decidiu “que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”. Por isso, concedeu a ordem para afastar os impedimentos contidos na parte final do art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Caso se questione a Lei 14.071/20 nesse ponto, a tendência é que também seja declarada incompatível com a garantia constitucional da individualização da pena.

Requisitos objetivos		Requisitos subjetivos	
Pena não superior a 4 anos.	Crime cometido sem violência real ou grave ameaça à pessoa.	Não ser o condenado reincidente em crime doloso. Exceção: se a medida for socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.	Princípio da suficiência: a substituição deve ser indicada e suficiente para alcançar os fins da pena.
Nos crimes culposos, não importa a pena ou o crime cometido.			

CTB, ocorra a substituição da reprimenda reclusiva por sanções restritivas de direitos” (HC 673.337/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/06/2021).

203. A iniciativa pode servir como argumento para que o Ministério Público recuse a proposta de acordo de não persecução penal. Embora o ANPP seja possível em crimes de trânsito como homicídio culposo e lesão corporal culposa, as circunstâncias mais graves do crime cometido por motorista embriagado podem tornar o benefício inadequado e insuficiente para reprimir e prevenir novas infrações da mesma natureza. Aliás, algumas das medidas previstas no art. 28-A do CPP correspondem a penas restritivas de direitos. Os incisos III e IV tratam da prestação de serviços à comunidade e da prestação pecuniária e fazem expressa menção aos artigos 45 e 46 do Código Penal. Se o legislador considera inadequada a aplicação de penas restritivas de direitos, pela mesma razão o ANPP deve ser evitado, especialmente se agregadas circunstâncias que tornam o fato ainda mais grave, como a omissão de socorro e a prática da conduta na direção de veículo de transporte de passageiros.

✓ **O autor de crime preterdoloso, para valer-se dos benefícios da substituição da prisão por penas alternativas, deve preencher os requisitos do crime doloso ou culposo?**

O crime preterdoloso está na categoria dos crimes de duplo resultado. O dolo do agente abrange resultado menos grave (ex: vontade de ferir), sendo-lhe atribuído o resultado mais grave (ex: a morte involuntária) a título de culpa.

Apesar de existir corrente em sentido contrário, entendemos que o autor deve obedecer aos mesmos requisitos do crime doloso, pois antes de integralizar-se o resultado culposo realiza-se, por completo, um crime doloso²⁰⁴.

7.1.5. Penas restritivas de direitos x crimes hediondos (ou equiparados)

Discute-se a possibilidade de pena alternativa para crime rotulado como hediondo (ou equiparado). Vamos analisar a questão seguindo a ordem cronológica das várias leis (e decisões) que, explicita ou implicitamente, trataram do assunto.

A Lei nº 8.072/90 não trouxe, expressamente, qualquer vedação ao benefício. Contudo, na versão primeira, previu o regime integral fechado, fomentando a controvérsia: para uns, tal regime tornava inviável a substituição (vedação implícita); para outros, partindo da premissa que não existem vedações implícitas (devendo ser, sempre, explícitas) e que o regime integral fechado era inconstitucional, ferindo, dentre outros, o princípio da individualização da pena, não havia base legal para a vedação da substituição.

Depois de mais de uma década, o STF declarou a inconstitucionalidade do regime integral fechado (HC 82.959-7), silenciando sobre a compatibilidade ou não dessa espécie de crime com as penas alternativas (a discussão persistiu).

Com o advento da Lei nº 11.464/2007, alterou-se a redação do artigo 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos, não mais prevendo o regime integral, mas sim inicial fechado²⁰⁵.

Com a mudança, a maioria entendeu não haver mais óbice (implícito ou explícito) à substituição da pena em se tratando de crimes hediondos ou equiparados.

Restava, contudo, a vedação expressa na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que foi também declarada inconstitucional pelo STF (HC 97.256) e teve sua eficácia suspensa por meio de resolução do Senado Federal (Resolução nº 5 de 2012).

Diante desse quadro, cabe ao magistrado, na análise do caso concreto, aquilatar se estão presentes os requisitos que autorizam a substituição, observando, ainda, o princípio da suficiência da pena alternativa diante da gravidade do crime hediondo (ou equiparado) cometido pelo sentenciado, evitando, assim, insuficiente intervenção do Estado. Aliás, em várias oportunidades, o STF vem reafirmando o seu posicionamento sobre a inconstitucionalidade de qualquer cláusula legal que veda, apenas com base na gravidade em

204. Quando trabalhei as agravantes de pena alertei o leitor que nos crimes preterdolosos a conduta-base é dolosa, sendo o resultado culposo mera consequência, constituindo elemento relevante em sede de determinação da quantidade da pena.

205. Ressaltamos, mais uma vez, que o STF, em decisão do Tribunal Pleno, declarou incidentalmente também a inconstitucionalidade do regime inicial fechado (HC nº 111.840).

abstrato do crime, benefícios penais (restritivas de direitos, por exemplo) ou processuais (como a liberdade provisória). Vislumbra, nessas situações, um abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional.

7.1.6. Penas restritivas de direitos x delitos de ameaça, lesão corporal leve e constrangimento ilegal

Os crimes de lesões corporais de natureza leve (art. 129, *caput*, CP), de constrangimento ilegal (art. 146, CP) e de ameaça (art. 147, CP), apesar de serem dolosos e cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não podem ser excluídos do benefício, uma vez que, nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, são considerados infrações penais de menor potencial ofensivo, fomentando-se, em relação a eles, a aplicação imediata de multa ou pena restritiva de direitos (interpretação sistemática). Assim também compreende **Cezar Roberto Bitencourt**:

“Seria um contrassenso uma lei nova, com o objetivo nitidamente *descarcerizador*, que amplia a aplicação de alternativas à pena privativa de liberdade, por equívoco interpretativo obrigar a aplicação de pena privativa de liberdade às *infrações de menor potencial ofensivo*”²⁰⁶.

Esse raciocínio não se aplica quando se está diante de violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar (violência de gênero). Nessas infrações, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), no seu art. 41, expressamente vedou a aplicação da Lei nº 9.099/95²⁰⁷, recordando que o STF, julgando a ADC nº 19, declarou constitucional o referido dispositivo.

No mesmo sentido, o STJ editou a súmula nº 588:

A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7.1.7. Penas restritivas de direitos x crime de roubo

Embora o crime de roubo (art. 157, CP) seja doloso, devemos notar que ele pode ser praticado mediante violência física, grave ameaça (espécies de violência própria) ou utilização de qualquer outro meio que reduza a capacidade da vítima (violência imprópria)²⁰⁸. Neste último caso, entende-se majoritariamente a possibilidade de substituição da pena privativa em restritiva²⁰⁹.

206. Ob. cit., p. 727.

207. Na esteira, o STJ editou a súmula nº 536 no sentido de que “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

208. CP. Art. 157. *Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.*

209. Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci: “A violência presumida, por outro lado, é forma de violência física, pois resulta da incapacidade de resistência da pessoa ofendida. Quem não consegue

7.1.8. Penas restritivas de direitos x crimes militares

Na redação original do art. 9º, inc. II, do Código Penal Militar, eram considerados crimes militares, em tempo de paz, os previstos no próprio Código, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados na forma das alíneas “a” a “e” do mencionado inciso. Com a alteração promovida pela Lei 13.491/17, passaram a ser considerados crimes militares, em tempo de paz, os tipificados no Código Penal Militar e os previstos na legislação penal, quando praticados na forma das alíneas referidas. Com isso, são considerados crimes militares próprios os definidos apenas no Código Penal Militar (como a deserção) e como militares impróprios os definidos também no restante da legislação penal (como o furto) ou somente nela, legislação não militar (como a tortura, lavagem de capitais, organização criminosa etc.), cometidos por militares nas condições das alíneas “a” a “e” do inc. II.²¹⁰

Da redefinição do que a lei considera crime militar decorreu a alteração da competência para julgamento. Antes, crimes como abuso de autoridade, por exemplo, ficavam sujeitos à justiça comum, mas, atualmente, todos os crimes cometidos por militar nas situações descritas nas alíneas do inc. II devem ser julgados pela justiça castrense.

O Código Penal Militar não prevê penas restritivas de direitos para crimes militares. Trata-se de opção do legislador, considerando a natureza dos crimes sujeitos à jurisdição castrense, que visam sobretudo à manutenção da disciplina e da hierarquia. Não parece possível, na omissão **voluntária** da lei, aplicar a analogia para emprestar as penas alternativas do Código Penal ordinário (nesse sentido: STF – HC 91.155/SP).

E em relação aos crimes tipificados no Código Penal e na legislação penal esparsa, é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos? A doutrina é divergente.

Há quem considere impossível a incidência das restritivas de direitos porque, aplicáveis as disposições do art. 9º do CPM para atribuir ao crime a natureza militar, aplica-se também todo o regramento geral dos crimes militares, que, como já observamos, não admitem as penas restritivas. Nesse sentido:

“Destarte, desde a edição da Lei 13.491/17, as infrações penais da legislação penal comum praticadas pelo agente militar numa das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM converteram-se em crimes militares por extensão. Logo, sofrerão a incidência do regramento da Parte Geral do CPM naquilo que forem compatíveis (ex: penas de reclusão e detenção), visto que inadmissível a combinação de leis. Assim, por exemplo, não há que se falar na aplicação da

resistir, porque o agente se valeu de mecanismos indiretos para dobrar seu esforço (drogando a vítima, por exemplo) está fisicamente retirando o que lhe pertence. Por isso, o que se denomina de violência *imprópria* não passa de violência presumida, que é, no caso do art. 44, igualmente impeditiva da concessão de penas alternativas.” (*Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 421).

210. A Lei 14.688/23 alterou as alíneas a, b, d e e do inciso II do art. 9º do CPM, mas isso não interfere na conceituação de crimes militares de que tratamos neste item.

pena de multa, em pena restritiva de direitos (art. 44, CP), pena de advertência (art. 28, da Lei 13.343/06), pena de perda do cargo, função ou emprego e interdição para seu exercício (art. 1º, § 5º, Lei 9.455/97) e pena administrativa ou civil (art. 6º, Lei 4.898/65), tendo em vista que a Parte Geral do CPM não as contempla.

Esse nosso raciocínio tem como base a vedação disposta no art. 12 do CP, que reza que as regras da Parte Geral não se aplicam a fatos incriminados por lei especial se esta dispuser de modo diverso. Assim, se o COM – lei especial – não prevê aquelas penas acima mencionadas, deverão elas ser ignoradas na aplicação da lei penal militar nos crimes militares por extensão, sob pena de incidir no hibridismo legislativo vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Dever-se-á aplicar, então, como penas, somente aquelas previstas no artigo 55 do CPM, bem como as demais disposições da Parte Geral do CPM, já que a nova lei importou à legislação castrense apenas os crimes da legislação penal comum, de modo que na incidência de um tipo penal da lei comum com pena não compatível com o CPM poderá o juiz reconhecer, excepcionalmente, ser o caso de isenção de pena, diante do princípio da estrita legalidade que marca o Direito Penal”.²¹¹

Em edições passadas sustentamos que a concentração da competência na Justiça Militar passaria a impedir a substituição da pena nos crimes militares. Se, antes, os crimes que ficavam a cargo da justiça comum admitiam as penas alternativas, a entrada em vigor da Lei 13.491/17 modificava o cenário, o que, inclusive, constituía *novatio legis in pejus*, irretroativa, portanto.

Refletindo mais extensamente, no entanto, chegamos à conclusão de que as penas restritivas de direitos devem ser aplicadas nos crimes militares por extensão, ainda que, atualmente, a competência de julgamento seja da Justiça Militar. Isso porque aos crimes tipificados fora do Código Penal Militar incidem as regras gerais – incluídas as relativas à aplicação da pena – do Código Penal, exceto nos casos das leis especiais que tipificam os crimes e também contêm normas de caráter geral para aqueles mesmos crimes, como ocorre, por exemplo, na Lei 9.605/98, que disciplina alguns aspectos das penas restritivas de direitos cabíveis nas infrações criminais contra o meio ambiente. Não importa que o julgamento seja feito pela Justiça Militar, pois o crime, não obstante cometido por militar, se submete a seu próprio sistema geral. Não há sentido em tipificar a conduta com base na Parte Especial do Código Penal e não aplicar ao crime as normas gerais da mesma codificação.

7.1.9. Penas restritivas de direitos na Lei de Abuso de Autoridade

A Lei de Abuso de Autoridade segue a política de penas alternativas. Em seu art. 5º anuncia que as penas restritivas de direitos substitutivas das privativas de liberdade são as seguintes:

211. ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar. *Revista de Direito Militar*. N. 216. Santa Catarina: AMAJME, 2017, p. 34.

- I – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
- II – suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens;

Conforme o disposto no parágrafo único do art. 5º, referidas penas restritivas de direito podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente, isto é, o juiz é quem, fundamentadamente, determina a necessidade de aplicação de uma ou mais penas restritivas de direito, aquilatando as circunstâncias do caso concreto, sem ignorar as condições pessoais do sentenciado.

A Lei de Abuso de Autoridade silenciou a respeito dos requisitos necessários para a substituição, razão pela qual devemos observar aqueles previstos no art. 44 do Código Penal, já estudados no item 7.1.4. São requisitos considerados cumulativos, ou seja, todos devem estar presentes para que se possa realizar a substituição. O descumprimento injustificado da restrição imposta faz com que a pena alternativa seja convertida em privativa de liberdade, aplicando-se também as regras de conversão do Código Penal (§§ 4º e 5º do art. 44).

(A) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Já estudamos que, segundo a regra do Código Penal, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas substitui somente penas privativas de liberdade superiores a seis meses, sendo que até seis meses poderão ser aplicadas as penas substitutivas previstas nos incisos I (prestação pecuniária), II (perda de bens e valores), V (interdição temporária de direitos) e VI (limitação de fim de semana) do art. 43, além da multa. Este piso de seis meses permanece na Lei de Abuso de Autoridade? A discussão já existe noutras leis especiais, como na Lei 9.605/1998 (Crimes Ambientais), havendo indistigável controvérsia. Para uns, o silêncio da lei especial elimina o requisito, podendo ser aplicada a prestação de serviços à comunidade mesmo para condenações inferiores a seis meses. Para outros, o silêncio obriga o aplicador a observar a norma geral, isto é, o limite mínimo para a substituição. Não atingindo o patamar de seis meses de pena em concreto, o juiz deve substituir a prisão pela suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens.

Com esquite no princípio da razoabilidade, ficamos com a primeira corrente e explicamos com um exemplo para melhor compreensão do leitor. Se o agente consuma qualquer dos crimes de abuso de autoridade, sua pena será de no mínimo seis meses, admitindo prestação de serviços à comunidade. Se o delito, no entanto, for tentado, a pena pode ficar aquém de seis meses, só admitindo, de acordo com a segunda corrente, suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens, sanção alternativa rigorosíssima, conforme explicaremos mais adiante. Ora, como pode um crime tentado sofrer sanção restritiva bem mais rigorosa do que um crime consumado? Eis, aqui, a falta de razoabilidade que nos obriga a concordar com a tese de que o silêncio da Lei de Abuso de Autoridade elimina o piso, podendo ser aplicada a prestação de serviços à comunidade mesmo para condenações inferiores a seis meses.

(B) Suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens

Ao contrário do que ocorre com o inciso I do art. 5º da Lei de Abuso de Autoridade, em que a pena restritiva de direitos relativa à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46 do Código Penal, o inciso II do art. 5º determina que, havendo condenação pela prática de algum dos crimes previstos na Lei 13.869/2019, poderá ser aplicada, em substituição à pena privativa de liberdade, suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens.

Aqui, como se percebe, o condenado pelo abuso de autoridade será tão somente suspenso do seu cargo, função ou mandato pelo período de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens. Em se tratando, por exemplo, de alguém concursado, que ocupa um cargo público, o fato de deixar de receber seus vencimentos e vantagens a ele inerentes poderá deixá-lo em situação muito complicada. Assim, imagine-se a hipótese daquele agente que, condenado pelo crime de abuso de autoridade, viu substituída sua privação de liberdade pela suspensão do exercício do seu cargo durante 6 (seis) meses, deixando de receber seus vencimentos e vantagens durante todo o período da suspensão. Para um agente que tem suas obrigações familiares, a exemplo de pagamentos de contas de água, luz, esgoto, condomínio, escolas dos filhos, alimentação etc., ficar sem receber importará em um sacrifício que atingirá não somente ele mesmo, mas também as pessoas que dele dependem. À primeira vista, o que pode parecer uma sanção branda por ser uma alternativa à prisão é, na verdade, uma dura punição para o condenado.

7.1.10. Restritivas de direitos: regras da substituição

Presentes os requisitos que autorizam a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Código Penal, no art. 44, § 2º, anuncia as regras da substituição, não importando se o crime julgado é punido com reclusão ou detenção, doloso ou culposo: se a sanção privativa de liberdade imposta na sentença **não suplantam um ano** deverá ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direito; se **superior a um ano**, o juiz deve optar entre substituí-la por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Em síntese:

Condenação	A pena poderá ser substituída por
Pena privativa de liberdade igual ou inferior a 1 ano	Pena de multa ou UMA pena restritiva de direito
Pena privativa de liberdade superior a 1 ano	UMA pena restritiva de direito e multa ou DUAS penas restritivas de direito.*
*. Em todo caso, recorde-se que a pena de prestação de serviços à comunidade exige condenação superior a seis meses (art. 46, CP).	

7.1.11. Restritivas de direitos: conversão

Até aqui estudamos os pressupostos e requisitos para substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Vamos explicar, a partir de agora, o fenômeno inverso: depois de substituída a prisão por restritiva de direitos, a pena volta a ser privativa de liberdade. A este fenômeno se denomina **conversão (ou reconversão)**. Explica **Bitencourt**:

“Ao adotar as penas restritivas de direitos, como substitutivas da pena de prisão, era indispensável dotá-las de *coercibilidade*. E para isso nada melhor do que a previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa da liberdade. A finalidade da conversão, em outras palavras, é garantir o êxito das penas substitutivas”²¹².

São hipóteses de **conversão**:

(A) Descumprimento injustificado da restrição

O artigo 44, §4º, do Código Penal anuncia a primeira hipótese de conversão: “A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão”.

Suponhamos que JOÃO, condenado ao cumprimento de 11 meses de detenção, tem sua pena substituída por restritiva de direitos. Depois de 8 meses de restrição, descumpre, injustificadamente a sanção alternativa. O juiz, diante da prova do não cumprimento da pena restritiva, determina sua conversão em privativa de liberdade. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar (11 meses) será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos (8 meses), devendo JOÃO, portanto, cumprir três meses de detenção.

A detração, novidade trazida pela Lei nº 9.714/98, deve respeitar, sempre, saldo mínimo de trinta dias. Voltando ao nosso exemplo, se JOÃO desse causa à revogação do benefício faltando apenas 20 dias para a extinção da restrição, teria que cumprir 30 dias de detenção, acatando, desse modo, o tempo mínimo imposto pela lei.

Alerta **Masson**:

“Em relação às penas restritivas de direitos de prestação pecuniária e perda de bens e valores [de natureza real], em que não existe período de tempo de cumprimento a ser abatido, afigura-se adequado descontar-se da pena privativa de liberdade o percentual do pagamento já efetuado pelo condenado. Exemplificativamente, se a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano foi substituída por prestação pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), e o condenado pagou somente R\$ 500,00 (quinhentos reais), determinando-se a reconversão restará o cumprimento de 6 (seis) meses da pena privativa de liberdade”²¹³.

212. Ob. cit., p. 713.

213. Ob. cit., p. 686.

(B) Superveniência de condenação por outro crime

Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, §5º, do CP).

Suponhamos que JOÃO, condenado ao cumprimento de 11 meses de detenção, tem sua pena substituída por restritiva de direitos. Depois de 8 meses de restrição, é condenado a pena privativa de liberdade, por outro crime. O juiz da execução deve aquilatar (sem ignorar os fins da pena) se o reeducando tem condições de cumprir a pena substitutiva anterior e a nova sanção privativa de liberdade. Se JOÃO foi condenado ao regime aberto, parece possível, ao contrário da condenação aos regimes semiaberto ou fechado.

Nota-se que nesta hipótese de conversão o legislador não previu a detração. Ao intérprete pode parecer que, determinada a conversão, no cálculo da pena privativa de liberdade a executar não será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos. Esse raciocínio não nos parece correto. A omissão do legislador não tem fundamento. Cuida-se de omissão involuntária da lei, campo fértil para a analogia (*in bonam partem*).

E se o condenado está cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto e lhe sobrevém condenação cuja pena privativa de liberdade tenha sido substituída por restritiva de direitos? Segundo decidiu a Terceira Seção do STJ, o § 5º do art. 44 não autoriza a conversão em situação inversa, em que o condenado cumpre pena privativa de liberdade e sobrevém condenação com a pena corporal substituída. Nesse cenário, concluiu a Corte Cidadã que os arts. 44, § 5º, do Código Penal e 181, § 1º, “e”, da Lei n. 7.210/1984 (LEP), não amparam a conversão. Por falta de previsão legal e em respeito a coisa julgada, a situação do condenado não pode ser agravada. Deve ser observado o sistema de cumprimento sucessivo das penas.

“Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.”²¹⁴

(C) Outras hipóteses de conversão

O artigo 181 da Lei de Execução Penal prescreve outras hipóteses de conversão da pena restritiva em privativa.

Assim, a pena de **prestação de serviços à comunidade** será convertida quando o condenado:

(1) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;

214. REsp 1.918.287/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. Acd. Min. Laurita Vaz, j. 27/04/2022.

(2) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;

(3) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;

(4) praticar falta grave;²¹⁵⁻²¹⁶

(5) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa (art. 181, §1º, LEP).

A pena de **limitação de fim de semana** será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras “a”, “d” e “e” do artigo 181, §1º, da Lei de Execução Penal (hipóteses acima transcritas).

A pena de **interdição temporária de direitos** será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interdito ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras “a” e “e”, também do artigo 181, § 1º, da LEP.

7.1.12. Restritivas de direitos: momento de execução

Quando julgou o HC 126.292/SP e as cautelares nas ADC 43 e 44, o STF autorizou o início da execução da pena após o recurso em segunda instância. Posteriormente, ao julgar o mérito das ações constitucionais, o tribunal modificou a orientação e assentou: “Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória,

215. Súmula nº 526 do STJ: “O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato”. O STF se orienta no mesmo sentido: “O reconhecimento de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal dispensa o trânsito em julgado da condenação criminal no juízo do conhecimento, desde que a apuração do ilícito disciplinar ocorra com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo a instrução em sede executiva ser suprida por sentença criminal condenatória que verse sobre a materialidade, a autoria e as circunstâncias do crime correspondente à falta grave” (RE 77.823/RS, Rel. Min. Edson Fachin, j. 07/12/2020).

216. Súmula nº 533 do STJ: “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”. E, uma vez reconhecida a ocorrência da falta grave, é obrigatória a perda de até 1/3 dos dias remidos (STJ: AgRg no REsp 1.430.097/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 6/4/2015). Note-se que a súmula 533 é relativizada em situações nas quais, embora não tenha sido instaurado o procedimento pelo diretor do estabelecimento prisional, o condenado foi ouvido em audiência judicial a respeito de sua falta disciplinar. É a tese firmada STF: “A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena” (RE 972.598/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 04/05/2020). O STJ tem seguido a mesma orientação (AgRg no HC 442.560/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 02/03/2021).

considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória”.

Nas primeiras decisões que admitiam a execução provisória, o STF tratou do tema em termos gerais, e, como não poderia deixar de ser, não lhe foi possível esgotar todas as situações em que, diante do caso concreto, a execução da pena podia ser impedida. É o caso das penas restritivas de direitos.

Na época, a Terceira Seção do STJ firmou a orientação de que era impossível a execução provisória de penas restritivas de direitos. O tribunal se baseou no art. 147 da Lei de Execução Penal, segundo o qual “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”. Como se nota, o dispositivo legal faz expressa menção ao trânsito em julgado para que a pena restritiva de direitos possa ser executada:

“2. Ressalvada compreensão pessoal diversa, a Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, na sessão de 14/06/2017, adotou a orientação em relação à impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. 3. Tal entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento no AgRg no HC 435.092/SP”.²¹⁷

Embora não vigore mais a orientação que permitia a execução provisória da pena privativa de liberdade, o STJ ainda assim editou a súmula 643 para consolidar a proibição de executar a restritiva de direitos antes da condenação definitiva:

“A execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado da condenação”.

7.2. A pena de multa

7.2.1. Introdução

Cominada no preceito secundário do tipo incriminador (isolada, alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade) ou substitutiva da prisão (art. 44 do CP²¹⁸), a pena de multa é espécie de sanção penal patrimonial, consistente na obrigação imposta ao sentenciado de pagar ao fundo penitenciário determinado²¹⁹ valor em dinheiro.

217. AgRg nos EREsp 1.699.768/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 13/03/2019.

218. A Lei 9.714/98, alterando a redação do art. 44 do CP, revogou, implicitamente, o art. 60, § 2º, do CP.

219. O Fundo Penitenciário Nacional, destino das multas decorrentes de sentenças penais condenatórias, foi criado pela Lei Complementar 79/94. De acordo com seu art. 3º, com redação dada pela Lei 13.500/17, os recursos do FUNPEN serão aplicados em: I – construção, reforma, ampliação e

Como bem explica **Flávio Monteiro de Barros**:

“Na luta para conter o avanço das penas privativas de liberdade de curta duração, destaca-se a pena de multa. Além de evitar a prisão de curta duração, a multa evita despesas, gerando, inclusive, lucro para o Estado, permitindo ainda a manutenção do condenado em seu círculo social e familiar”²²⁰.

7.2.2. *Aplicação da pena de multa*

O Código Penal adota o sistema de dias-multa, baseado tanto nas circunstâncias do crime quanto na capacidade econômica do sentenciado²²¹. Esse sistema é vantajoso porque considera a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, além de outras circunstâncias que agravem, atenuem, aumentem ou diminuam a pena, em conjunto com a fortuna do condenado.

aprimoramento de estabelecimentos penais; II – manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança; III – formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; IV – aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais; V – implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado; VI – formação educacional e cultural do preso e do internado; VII – elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes; VIII – programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; IX – programa de assistência às vítimas de crime; X – programa de assistência aos dependentes de presos e internados; XI – participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior; XII – publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; XIII – custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos; XIV – manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica; XV – implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais, nos termos do § 2º do art. 83 e do art. 89 da Lei nº 7.210/84; XVI – programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação; XVII – financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive da inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária.

A criação FUNPEN, no entanto, não impede os Estados da Federação de legislares sobre o assunto (art. 24, I, d, CF/88), ordenando que a sanção pecuniária imposta pela justiça estadual seja encaminhada para fundo sob sua gestão. Em São Paulo, a Lei Estadual 9.171/95 criou o Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo (FUNPESP).

220. Ob. cit., p. 470-1.

221. Pode haver critérios específicos no próprio Código Penal ou em leis especiais. Nos crimes lícitatórios, embora a metodologia de aplicação siga as regras do Código Penal, a base da pena de multa corresponde a 2% do valor do contrato lícitado ou celebrado com contratação direta (art. 337-P do CP). Em se tratando de infração penal prevista na Lei de Locações de Imóveis Urbanos, a multa é aplicada na forma de meses do valor do aluguel (art. 43 da Lei 8.245/91).

Num primeiro momento o magistrado deve fixar a quantidade de dias-multa, variando de no mínimo 10 a no máximo 360 (art. 49, CP). Nesta etapa, trabalha-se com o critério trifásico descrito no artigo 68 do Código Penal, aquilatando as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), seguidas das agravantes e atenuantes, encerrando com as causas de aumento e diminuição de pena.

Depois de calculada a quantidade de dias-multa, o magistrado decide o valor de cada dia-multa, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. Nesse momento, observa-se, principalmente, a situação econômica do sentenciado (art. 60, CP). Se, em virtude da situação econômica do réu, o juiz verificar que, embora aplicada no máximo, essa pena é ineficaz, poderá elevá-la até o triplo (art. 60, § 1º, do CP), podendo chegar 5.400 salários mínimos²²².

Mas como é aferida a situação econômica do sentenciado? Basta que se saiba o valor de sua renda ou de seu patrimônio, ou o critério deve ser mais preciso, deduzindo-se o necessário para sua subsistência e de sua família? Esclarece **Luiz Régis Prado**:

“Segundo a orientação de Basileu Garcia, cada dia-multa deveria ser arbitrado “consoante as condições econômicas do réu ou o rendimento diário do trabalho, feita a apreciação pelo julgador dentro de certos limites”. Manifesta o citado autor sua preferência pelo “sistema sueco-finlandês” em que se levam em apreço as deduções oriundas dos encargos a que está sujeito o réu. Apura-se mais exatamente, desse modo, a sua solvabilidade”.

De seu turno, Jorge F. Caballero opina que se deve levar em consideração não a renda, ou outro elemento pecuniário equivalente ou semelhante, mas todos aqueles fatores, de uma ou outra índole, que incidam na situação econômica do condenado, de tal modo que se parta de suas possibilidades reais de pagamento, isto é, de sua efetiva capacidade para suportar a multa e sofrê-la como tal.

Em resumo, o dia-multa deve ser calculado de maneira que, após sua dedução da renda líquida diária, reste ao condenado o mínimo indispensável às despesas com sua manutenção e a de sua família. Daí deflui a fórmula: “tirar do excesso da receita do condenado para que ele receba o mínimo para sua existência”. O juiz ou o tribunal determinará, em cada caso, a quantia do dia-multa, de conformidade com o ponto de vista da margem penal, utilizando de todos os fatores permitidos de medição²²³.

Sabendo a quantidade de dias-multa e seu valor, o juiz multiplica os dois, definindo a sanção pecuniária.

222. O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, §2º, do CP), pacificando o STF o entendimento no sentido de que o termo inicial para a atualização deve ser a partir da data do fato. No STJ, a Súmula nº 43 trata do tema: “*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”.

223. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Do sistema de cominação da multa no Código Penal Brasileiro*. RT. vol. 4. p. 619/629. Out/2010.

Cálculo da pena de multa		
Etapas	Mínimo	Máximo
1ª – Fixação da quantidade de dias-multa	10 dias	360 dias
2ª – Cálculo do valor de um dia-multa	1/30 avos do salário mínimo	5x o valor do salário mínimo (podendo ser triplicado – art. 60, § 1º, do CP)
3ª – Multiplica-se a quantidade de dias-multa pelo valor apurado	Ex: 10 dias-multa x 1/30 do salário mínimo = 1/3 do salário mínimo.	

No que diz respeito ao interesse de o Estado executar multa de valor irrisório, explica **Cléber Masson**:

“Multa irrisória é a de valor extremamente reduzido. Não há definição legal acerca do seu montante.

A questão controversa reside na necessidade ou não de sua cobrança pelo Estado. Destacam-se duas posições:

1) A multa irrisória não deve ser executada em juízo, já que o Poder Público arcará em sua cobrança com valor superior ao que será ao final arrecadado, e o condenado sequer suportará o caráter retributivo da pena.

2) A cobrança em juízo é obrigatória. Pouco importa o seu valor: pena de multa é pena, incidindo sobre ela os princípios da imperatividade da sua aplicação e da inderrogabilidade de seu cumprimento. É a dominante.”²²⁴.

De fato, sendo o Ministério Público o autor da ação penal (artigo 129, inciso I, da Constituição Federal) e impossibilitado de dela dispor (artigo 42 do CPP), por óbvio que não se admite a não cobrança da pena após o trânsito em julgado da condenação que a perseguiu, devendo seguir na imposição da reprimenda. Nesse sentido é o posicionamento jurisprudencial:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE EXTINGUIU A EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA E MANTEVE A PUNIBILIDADE DO APENADO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. Pleito de isenção da multa penal e consequente extinção da punibilidade. Preliminar de nulidade aventada pelo procurador de Justiça. Alegada ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação. Acolhimento. Decisão agravada que extinguiu a execução acatando

224. Ob. cit., p. 706. Não podemos confundir multa de valor irrisório com incapacidade econômica do condenado. Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.” Essa tese, aplicada no caso de pena de multa cumulado com prisão, foi fixada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob a sistemática dos recursos repetitivos, ao revisar o entendimento firmado anteriormente pelo colegiado no Tema 931. Os ministros estabeleceram um tratamento diferente para o caso de não pagamento da multa pelos condenados hipossuficientes ou insolventes.

manifestação do parquet de primeiro grau quanto a desistência da execução da pena de multa, dentre as razões, o valor diminuto da pena de multa, excesso de trabalho e falta de estrutura, invocando os princípios da razoabilidade e economicidade. Justificativas desarrazoadas. Nulidade manifesta em razão da ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação penal (art. 42 do CPP), que deve ser aplicado inclusive na fase recursal e na execução da pena. Pena de multa que apesar de constituir dívida de valor não perdeu seu caráter de sanção penal (ADI nº 3150/DF). Natureza jurídica e objeto da pena de multa que não podem ser relativizados, com aplicação dos institutos de direito privado. Pena de multa que além da função arrecadatória, tem funções primordiais de caráter retributivo e de prevenção, seja no sentido de reafirmar a vigência da norma (prevenção geral positiva) ou de evitar o cometimento de crimes (prevenção geral negativa). Entendimento do STJ de que após a modificação do art. 51 pelo intitulado pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019), a competência para a execução da pena de multa é do juízo de execução penal, razão pela qual adota-se a posição da competência exclusiva do ministério público para a execução da pena de multa. Ademais, ainda que o entendimento seja da competência prioritária, tal grau de responsabilidade, salvo melhor juízo, já é o bastante para impedir a desistência da execução da pena de multa. Competência subsidiária da Fazenda Pública que incide apenas no caso de inércia do parquet. Reconhecimento da nulidade que se impõe. Recurso conhecido e, de ofício, decretar a cassação da decisão agravada, com o retorno dos autos para prosseguimento da execução da pena de multa, nos termos da fundamentação. Análise do mérito prejudicada. (TJSC; AG-ExPen 5006387-71.2022.8.24.0020; Quinta Câmara Criminal; Relª Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer; Julg. 9/6/2022).

EXECUÇÃO PENAL. Indeferimento da petição inicial e extinção do processo de execução da pena de multa. Inadmissibilidade. Multa. Caráter penal. Indisponibilidade. Ao Poder Judiciário falece competência para declarar a falta de interesse do Ministério Público em proceder à execução da pena de multa. Decisão reformada. Agravo provido. (TJSP; AG-ExPen 0001936-06.2020.8.26.0634; Ac. 15797627; Tremembé; Quinta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Tristão Ribeiro; Julg. 27/06/2022; DJESP 30/6/2022; Pág. 2608).

7.2.3. Pagamento (voluntário) da multa

O pagamento da pena de multa, no Código Penal, está disciplinado de um determinado modo; na Lei de Execução Penal, de outro.

O Código Penal, no art. 50, determina que a multa deve ser paga dentro de 10 dias depois do trânsito em julgado da sentença. Por outro lado, a Lei de Execução Penal,

prevendo o mesmo prazo, anuncia que seu termo inicial se dá após citação do condenado, precedida por extração de certidão da sentença condenatória e requerimento do Ministério Público (art. 164, LEP).

☑ **Qual dos dois diplomas deve prevalecer?**

Entendemos que a matéria deve seguir os regramentos da Lei de Execução Penal, por ser norma mais benéfica ao sentenciado.

Nesse mesmo sentido, explica **Bitencourt**:

“Já vimos que a multa, hoje, pode chegar a somas astronômicas (até 5.400 salários mínimos), dependendo das circunstâncias. Por outro lado, o prazo a partir do trânsito em julgado da sentença corre automaticamente. E o prazo referido na Lei de Execução Penal depende de providências processuais e administrativas que podem significar meses ou até anos. E – o que é mais importante –, no caso do Código Penal, o condenado deverá tomar a iniciativa para pagar a multa, uma vez que a sentença condenatória tem força coercitiva. E, no caso previsto na Lei de Execução, a iniciativa caberá ao Estado, através do Ministério Público, de movimentar outra vez o aparelho judiciário para constranger o cumprimento de uma decisão condenatória com trânsito em julgado.

(...)

Diante desse impasse, acredita-se que a jurisprudência e a doutrina acabarão se inclinando pela adoção da norma mais favorável ao réu e também mais coerente, numa interpretação sistemática, o caso, as disposições da Lei de Execução Penal.”²²⁵.

De todo modo, exige-se o trânsito em julgado da sentença, não sendo possível execução provisória da pena de multa.

Há três modalidades de pagamento da sanção patrimonial:

(A) integral;

(B) parcelado;

(C) mediante desconto no vencimento ou salário.

O art. 170 da LEP permite o desconto da pena de multa na “remuneração do condenado”. Trata da situação em que o condenado cumpre a pena privativa de liberdade e trabalha enquanto está preso.²²⁶ Já o art. 50, § 1º, do CP admite o desconto “no ven-

225. Ob. cit., p. 786.

226. O Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido ser possível a penhora do pecúlio do condenado cuja pena de multa está sendo executada: “Agravo em execução. Pleito defensivo de reforma da decisão que determinou a penhora de 25% do pecúlio recebido pelo sentenciado durante o cumprimento da pena corporal, para fins de pagamento da pena de multa, calculada em R\$ 318,00. Impossibilidade. Acerto da decisão. Alegação defensiva de impenhorabilidade da remuneração. Não incidência, no âmbito da execução penal, dos limites à penhora impostos pela legislação processual civil. Existência de norma específica na LEP, o que impede a aplicação da analogia, inexistindo lacuna

cimento ou salário”, referindo-se à situação em que, embora condenado, o agente não cumpre pena privativa de liberdade e trabalha normalmente. Por isso as alíneas do § 1º dispõem que o desconto é permitido quando a multa é aplicada isoladamente, quando é aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos (lembrar que a prestação de serviços à comunidade não pode prejudicar a jornada normal de trabalho – art. 46, § 3º, CP) ou quando é concedido o *sursis*.

O pagamento parcelado depende de requerimento do condenado e é concedido conforme as circunstâncias do caso concreto (art. 50, *caput*, CP). O legislador alerta que o desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família (art. 50, §2º, CP).

7.2.4. Não pagamento da pena de multa

O não pagamento voluntário da multa implicava na sua conversão em privativa de liberdade. Com o advento da Lei nº 9.268/96, **não mais se admite a conversão**, encarando-se a multa não paga como **dívida de valor**, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (art. 51, CP).

☒ De quem é a competência para a execução forçada da pena?

Em face da sistemática imposta pela Lei 9.268/96, surgiu certa divergência sobre se o Ministério Público continuaria legitimado (atuando na Vara das Execuções Penais) ou se a Procuradoria da Fazenda (executando a sanção na Vara das Execuções Fiscais) deveria assumir a atribuição. Em resumo, havia três correntes:

1ª corrente: a competência para a execução da pena de multa continuaria sendo do juiz da execução penal, bem como a legitimidade para a sua promoção continuaria sendo do Ministério Público;

2ª corrente: a competência para a execução da pena de multa continuaria sendo do juiz da execução penal, bem como a legitimidade para a sua promoção continuaria sendo do Ministério Público, mas o rito a ser seguido deveria ser o da Lei de Execuções Fiscais;

3ª corrente: a multa criminal tornar-se-ia executável por meio dos procedimentos próprios da execução fiscal, afastando-se a competência do juiz da execução penal. Seria, portanto, da Fazenda Pública – e não do Ministério Público – a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em sentença penal condenatória. Esta orientação chegou a ser adotada pelo STJ por meio da súmula 521. Mas o tribunal continuou atribuindo ao Ministério Público a legitimidade para adotar medidas assecuratórias do pagamento da multa.²²⁷

a ser preenchida. Inteligência dos arts. 168 e 170 da LEP. Possibilidade de desconto de até 1/4 do salário do reeducando. Decisão mantida. Agravo improvido” (Agravo de Execução Penal 0014629-23.2023.8.26.0050, Rel. Guilherme de Souza Nucci, j. 06/09/2023).

227. REsp 1.275.834/PR, Rel. Min. Ericson Maranhão, j. 17/03/2015.

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, em virtude da natureza de sanção penal – não alterada pela Lei 9.268/96 –, a pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público no próprio juízo da execução penal.

O tribunal apreciou conjuntamente a ADI 3150 e uma questão de ordem na Ação Penal 470. A ação direta de inconstitucionalidade havia sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República para que o tribunal conferisse interpretação conforme ao art. 51 do Código Penal e estabelecesse a legitimidade do Ministério Público e a competência da Vara de Execuções Penais para a execução da pena de multa. Já na questão de ordem questionava-se decisão do ministro Barroso, que havia estabelecido, com base no art. 164 da LEP, a legitimidade do Ministério Público para executar multa imposta na AP 470, mas a União sustentava que a Lei 9.268/96 havia revogado tacitamente o disposto na Lei de Execução Penal, razão por que caberia à Procuradoria da Fazenda Nacional executar a sanção imposta naquela condenação.

Segundo o ministro Barroso – que foi acompanhado pela maioria –, a alteração promovida pela Lei 9.268/96 não alterou a natureza da pena de multa, que continuou a ser uma espécie de sanção penal, tanto que na própria AP 470 o STF impôs o pagamento da multa como condição para a progressão de regime. O art. 164 da LEP, portanto, continua em vigor e é claro ao estabelecer a legitimidade do Ministério Público, a quem cabe a fiscalização da execução penal.²²⁸

Para adequar o texto legal à decisão do STF, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou a redação do art. 51 do CP, que passou a prever expressamente a competência do juízo da execução penal, no qual, evidentemente, deve atuar o Ministério Público²²⁹⁻²³⁰. Aboliu-se a legitimidade subsidiária da procuradoria da Fazenda Pública.

O rito a ser seguido é o estabelecido entre os artigos 164 e 170 da LEP, com aplicação da Lei 6.830/80 no que for cabível.

Por fim, como já adiantamos, o Supremo Tribunal Federal decidiu, na execução das reprimendas aplicadas na ação penal 470, que o pagamento da pena de multa é necessário para o deferimento da progressão de regime. Não se trata, destacamos, de aplicar a norma estabelecida no art. 33, § 4º, do Código Penal, segundo a qual o condenado por

228. No julgamento de embargos de declaração opostos contra o acórdão (j. 21/04/2020), o STF modulou os efeitos da decisão para garantir a competência concorrente da Procuradoria da Fazenda Pública sobre as execuções findas ou iniciadas até a data do trânsito em julgado da ADI 3150.

229. Não é possível que o juiz da execução determine de ofício o pagamento (STJ – AgRg no AREsp 2.222.146/GO, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, j. 09/05/2023).

230. O Código de Processo Penal prevê a aplicação de multas aos jurados e testemunhas que descumprem os seus deveres, a exemplo daquelas previstas nos arts. 436, §2º (recusa injustificada ao serviço do júri); 442 (jurado que não comparece à sessão ou se retira antes de ser dispensado pelo presidente); 458 (não comparecimento de testemunha, sem justa causa, ao julgamento do Tribunal do Júri) e 466, §1º (jurados que se comunicam entre si e com outrem e manifestam opinião sobre o processo). Essas multas guardam natureza administrativa e não se confundem com a pena de multa prevista no art. 49 do Código Penal. E não cabe ao Ministério Público a cobrança das multas administrativas previstas no CPP.

crime contra a administração pública tem a progressão de regime condicionada à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado. O tribunal decidiu, efetivamente, sobre a pena de multa, o que, com a devida vênia, não nos parece adequado, pois desvirtua o propósito da Lei 9.268/96, que, como vimos, modificou o tratamento conferido à pena de multa ao vedar sua conversão em privativa de liberdade no caso de não pagamento. Se a inadimplência não permite que se decrete a prisão, é certo que não pode impedir a progressão de regime, em cujos requisitos, de resto, não se inclui o adimplemento da pena pecuniária. Nessa seara, o STJ decidia que a declaração de extinção da pena não podia ser impedida se o agente, não obstante inadimplente, tivesse cumprido regularmente a reprimenda privativa de liberdade ou a restritiva de direitos substitutiva.²³¹ Mas, depois do julgamento da ADI 3150, a Terceira Seção do tribunal modificou a orientação:

“1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.519.777/SP (REsp n. 1.519.777/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 3ª S., DJe 10/9/2015), assentou a tese de que “[n]os casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade”. 2. Entretanto, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.150 (Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-170 divulg. 5/8/2019 public. 6/8/2019), o Pretório Excelso firmou o entendimento de que a alteração do art. 51 do Código Penal, promovida Lei n. 9.268/1996, não retirou o caráter de sanção criminal da pena de multa, de modo que a primazia para sua execução incumbe ao Ministério Público e o seu inadimplemento obsta a extinção da punibilidade do apenado. Tal compreensão foi posteriormente sintetizada em nova alteração do referido dispositivo legal, levada a cabo pela Lei n. 13.964/2019. 3. Recurso especial não provido para manter os efeitos do acórdão que reconheceu a necessidade do integral pagamento da pena de multa para fins de reconhecimento da extinção da punibilidade, e acolher a tese segundo a qual, na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.”²³²

Mas é preciso diferenciar a inadimplência da impossibilidade de efetuar o pagamento em razão da inexistência de recursos financeiros. As decisões que os tribunais superiores vêm proferindo sobre a vinculação entre o pagamento da multa, a progressão de regime e a extinção da pena visam sobretudo a evitar que condenados – especialmente por crimes

231. REsp 1.519.777/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 10/9/2015.

232. ProAfR no REsp 1.785.861/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20/10/2020.

financeiros e tráfico de drogas – deixem deliberadamente de efetuar o pagamento de multas elevadas e, ainda assim, obtenham benefícios da execução penal e tenham a pena extinta porque cumpriram a privação de liberdade. Mas é injusto igualar essa situação à de indivíduos que simplesmente não dispõem de recursos para efetuar o pagamento. Nesse caso, como a inadimplência é involuntária, não é possível vincular a obtenção de benefícios e a extinção da pena ao pagamento:

“[...] 12. Ineludível é concluir, portanto, que o condicionamento da extinção da punibilidade, após o cumprimento da pena corporal, ao adimplemento da pena de multa transmuda-se em punição hábil tanto a acentuar a já agravada situação de penúria e de indigência dos apenados hipossuficientes, quanto a sobreonerar pessoas próximas do condenado, impondo a todo o seu grupo familiar privações decorrentes de sua impossibilitada reabilitação social, o que põe sob risco a implementação da política estatal proteção da família (art. 226 da Carta de 1988). 13. Demais disso, a barreira ao reconhecimento da extinção da punibilidade dos condenados pobres, para além do exame de benefícios executórios como a mencionada progressão de regime, frustra fundamentalmente os fins a que se prestam a imposição e a execução das reprimendas penais, e contradiz a inferência lógica do princípio isonômico (art. 5º, *caput* da Constituição Federal) segundo a qual desiguais devem ser tratados de forma desigual. Mais ainda, desafia objetivos fundamentais da República, entre os quais o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III). 14. A extinção da punibilidade, quando pendente apenas o adimplemento da pena pecuniária, reclama para si singular relevo na trajetória do egresso de reconquista de sua posição como indivíduo aos olhos do Estado, ou seja, do percurso de reconstrução da existência sob as balizas de um patamar civilizatório mínimo, a permitir outra vez o gozo e o exercício de direitos e garantias fundamentais, cujo panorama atual de interdição os conduz a atingir estágio de desmedida invisibilidade, a qual encontra, em última análise, semelhança à própria inexistência de registro civil. 15. Recurso especial provido, para acolher a seguinte tese: Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.”²³³

7.2.5. *Cumulação de penas de multa*

Temos crimes que preveem, cumulativamente, pena privativa de liberdade e multa (furto, por exemplo).

233. STJ: REsp 1.785.861/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24/11/2021.

- ☑ **Nesses casos, é possível o juiz sentenciante, atendendo aos requisitos legais, substituir a pena privativa de liberdade por multa, cumulando, ao final, duas penas pecuniárias?**

Imaginemos que JOÃO está sendo julgado por furto simples (art. 155 do CP), punido com reclusão de 1 a 4 anos, e multa. Na sentença, o magistrado, aplicando o critério trifásico, condena JOÃO ao cumprimento de 1 ano de reclusão, e multa.

- ☑ **Presentes os requisitos legais, pode o magistrado substituir a pena de prisão por outra multa, cumulando, portanto, a multa substitutiva da prisão com a multa principal?**

A resposta nos é dada pela Súmula nº 171 do STJ:

“Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defesa a substituição da prisão por multa.”.

A interpretação do verbete sumular nos permite concluir que a jurisprudência (sem qualquer razão aparente) dá tratamento distinto aos crimes previstos no Código Penal e na legislação penal especial: se o crime está tipificado no Código Penal, a operação é possível, cumulando duas penas de multa (substitutiva e principal); se previsto em lei especial, a operação está proibida (ficando vedada a substituição da prisão por pena pecuniária).

7.2.6. A multa e a Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006, no seu artigo 17, veda a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, exceto, obviamente, nas infrações penais em que a multa é a única pena cominada. No caso de cominação alternativa, como no crime de ameaça, por exemplo, incide a vedação do art. 17:

“A controvérsia consiste em definir se a vedação constante do art. 17 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) obsta a imposição, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de pena de multa isoladamente, ainda que prevista de forma autônoma no preceito secundário do crime de ameaça.

Essa norma dispõe que “é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

A intenção do legislador ao impedir a aplicação exclusiva da pena de multa foi a de ampliar a função de prevenção geral das penas impostas nos casos de crimes cometidos nesse contexto. Dessa forma, pretende-se demonstrar à sociedade que a prática de agressão contra a mulher acarreta consequências graves para o autor, que vão além do aspecto financeiro.

Tal interpretação implica na compreensão de que a proibição legal também se aplica à hipótese de multa estabelecida como uma pena autônoma na parte secundária do tipo penal, como é o caso do crime de ameaça (art. 147 do Código Penal). Com efeito, a imposição desse tipo de penalidade (multa) em crimes cometidos de acordo com o artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 só pode ocorrer de forma cumulativa, nunca de maneira isolada.²³⁴

7.2.7. A multa no tráfico de drogas

Na cominação das penas para o tráfico de drogas, a Lei 11.343/06 estabelece, cumulativamente à reclusão de cinco a quinze anos, o pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Há quem argumente que, mesmo no limite inferior, a cominação viola os princípios da individualização da pena, da isonomia e da proporcionalidade, pois na grande maioria dos casos o valor é muito alto e se torna inexecutável, impossibilitando que condenados menos favorecidos efetuem voluntariamente o pagamento.

Não nos parece haver inconstitucionalidade no *quantum* da pena de multa fixada no crime de tráfico de drogas.

A uma porque a recrudescida política criminal vigente em face do tráfico de drogas tem *status* constitucional (art. 5º, XLIII), que inegavelmente impele o legislador ordinário à edição de norma penal severa. Além disso, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, internalizada por meio do Decreto 154/1991 (artigo 3, item 4, letra a), prevê o necessário sancionamento pecuniário e confiscatório do tráfico, conferindo uma modelagem internacional mais ou menos uniforme na reprimenda desse crime, ponto do qual o Brasil não deve se distanciar. Há, portanto, razões constitucionais e internacionais para o apenamento pecuniário mais intenso na lei antidrogas quando comparada à legislação penal comum.

A duas porque, sob a perspectiva da análise econômica do crime, a pena de multa é a forma mais eficaz de retirar a perspectiva recompensatória, estimada sob o cálculo do custo-benefício entre a sanção e o lucro advindo do crime. A sanção pecuniária se acopla à tendência internacional de despatrimonialização do agente do crime de modo a incrementar, economicamente, os efeitos dissuasórios e retributivos da sanção penal, notadamente naquelas categorias delitivas altamente rentáveis como o tráfico de drogas praticado por organizações criminosas. A análise econômica do direito, dentre outras lições, indica que um sistema sancionador eficaz deve impor riscos superiores às vantagens inerentes à prática do crime.

A três porque o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006 comina pena de multa em patamares mínimo e máximo bem delineados, absolutamente aptos a conferir

234. STJ - REsp 2.049.327/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14/06/2023.

ao julgador uma margem de discricionariedade suficiente para avaliar a condição econômica do acusado, o que satisfaz plenamente o princípio da individualização da pena.

O STF reconheceu a repercussão geral do tema e assentou a constitucionalidade da cominação da multa no tráfico:

“A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena.”²³⁵

7.2.8. Pena de multa e prestação pecuniária: distinções

Prestação pecuniária	Multa
Tem natureza jurídica de pena alternativa	Tem natureza jurídica de pena alternativa
É destinada à vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social	É destinada ao Estado – Fundo Penitenciário Nacional.
Consiste no pagamento de 1 a 360 salários mínimos	Consiste no pagamento de 10 a 360 dias-multa, variando o dia-multa de 1/30 a 5 salários mínimos.
O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.	O valor pago não será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil.
Em caso de descumprimento injustificado, a lei não proíbe sua conversão em privativa de liberdade. Há, contudo, corrente no sentido de que as restritivas de natureza real não podem ser convertidas, mas sim, executadas como obrigação de fazer.	Em caso de descumprimento injustificado, não pode ser convertida em privativa de liberdade (deve ser executada como dívida ativa).

7.3. A suspensão condicional da pena (“sursis”)

7.3.1. Conceito e natureza jurídica

Dentro do espírito de evitar o recolhimento do condenado à prisão (de curta duração), o nosso ordenamento penal (CP, arts. 77 a 82, LEP, arts. 156 a 163) prevê o “sursis”, instituto de política criminal que suspende, por um tempo certo (período de prova), a execução da pena privativa, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições.

Apesar de no passado já se ter rotulado o instituto como espécie de graça, nota-se que a suspensão condicional da pena constitui condenação, modificando-se a forma de cumprimento da sanção penal.

235. RE 1.347.158 RG/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/10/2021.

Explica BITENCOURT:

“Para nós, hoje, a suspensão condicional da pena é, como disse Soler, ‘uma verdadeira condenação’, ou seja, não é mais que uma simples modificação na forma de cumprimento das penas que suspende, especialmente na regulamentação do Código Penal brasileiro, que determina que, no primeiro ano de prazo, ‘deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48)’. Em realidade é uma alternativa aos meios sancionatórios tradicionais com que conta o moderno Direito Penal”.²³⁶

☑ O “sursis” é direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz sentenciante?

Rogério Greco responde:

“Pela redação do art. 77 do Código Penal, somos induzidos, equivocadamente, a acreditar ser uma faculdade do juiz, pois o mencionado artigo diz que *a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos*, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos...

A Lei penal usa a expressão *poderá ser suspensa*, sugerindo ser uma faculdade do juiz. Contudo, esse não é o melhor entendimento. Isso porque o art. 157 da Lei de Execução Penal determina que o juiz ou tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada pelo art. 156²³⁷, deverá pronunciar-se motivadamente sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue.”²³⁸

Para o STJ, o instituto deve, efetivamente, ser compreendido como **direito público subjetivo do réu**:

“Em compasso com o princípio da individualização da pena, bem assim, com o Direito Penal propugnador da pena de prisão como ultima ratio, destinada às infrações de maior gravidade, tem-se por apropriada a concessão da substituição de pena, a qual, mais que benefício, consubstancia-se direito público subjetivo do apenado, se presentes os requisitos para o seu deferimento, como na hipótese dos autos.”²³⁹

7.3.2. Sistemas

O “sursis” pode se fundamentar em **três sistemas**.

236. Ob. cit., p. 888.

237. LEP, “Art. 156: O Juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal”.

238. Ob. cit., p. 628.

239. STJ – Sexta Turma – HC 158.842 – Rel. Min. Og Fernandes – DJe 02/08/2010.

O primeiro deles é o **anglo-americano** (*probation system*) caracterizado pela submissão do réu ao período de prova após o reconhecimento da sua responsabilidade penal, mas sem imposição de pena. Descumpridas as condições, o julgamento é retomado, determinando-se a pena privativa de liberdade a ser cumprida. Não foi contemplado em lugar algum do nosso ordenamento jurídico²⁴⁰.

Também de origem norte-americana, o *probation of first offenders act* representa a suspensão prematura da ação penal, sem reconhecimento da responsabilidade do réu e com a imposição de condições que, não adimplidas, implicam no prosseguimento do processo até condenação e aplicação da sanção penal. Entre nós, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 reconhece este sistema, ao criar a medida despenalizadora da **suspensão condicional do processo**.

Por fim, o terceiro é o **franco-belga**, adotado pelo CP nos artigos 77 a 82. Nesse sistema, a ação penal segue o seu curso regular com a condenação e imposição da pena privativa de liberdade para, em momento imediatamente posterior, serem estabelecidas condições previstas em lei às quais deverá o condenado se submeter para alcançar a extinção da sanção imposta.

Em resumo:

Sistemas		
Franco Belga	Anglo-americano	"Probation of first offenders"
• O réu é processado; • É reconhecida sua culpa; • Existe condenação; • Suspende-se a execução da pena.	• O réu é processado; • É reconhecida sua culpa; • Suspende-se o processo, evitando a imposição da pena.	• O réu é processado; • Suspende-se o processo sem reconhecimento de culpa.
Art. 77 a 82 do CP	Não está previsto no nosso ordenamento	Art. 89 da Lei nº 9.099/95

240. Talvez o que mais se assemelhe, no ordenamento jurídico brasileiro, ao sistema anglo-americano sejam as disposições relativas à colaboração premiada (que a doutrina tem denominado "ponte de diamante" em virtude da possibilidade de concessão do perdão judicial) na Lei nº 12.850/13. A colaboração consiste não só na apresentação de elementos relativos a infrações penais e seus autores, como também na admissão da própria culpa pelo agente, na qual o juiz se baseia para efetuar a homologação e, ao final, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos. Ocorre que o art. 4º, § 3º, da referida lei estabelece que o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. Temos, pois, uma espécie de reconhecimento de culpa seguido de suspensão processual durante a qual será apurada a eficácia da colaboração.

7.3.3. *Espécies, requisitos e condições*

Da combinação dos arts. 77 e 78 do Código Penal, o legislador nos apresenta quatro espécies de “sursis”: “sursis” simples (art. 77 c.c. o art. 78, § 1º), “sursis” especial (art. 77 c.c. o art. 78, § 2º), “sursis” etário (art. 77, § 2º, 1ª parte) e “sursis” humanitário (art. 77, § 2º, 2ª, parte).

Só se beneficia do “sursis” etário o condenado maior de 70 anos (não importando sua condição física), enquanto no humanitário razões de saúde justificam a suspensão (doenças que têm o tratamento impossibilitado no regime prisional).

Basicamente, nos dois primeiros (simples e especial), a pena privativa de liberdade a ser suspensa não pode ser superior a 2 anos (considerando-se o concurso de crimes), caso em que o período de prova será de 2 a 4 anos; nos dois últimos (etário e humanitário), a pena a ser suspensa não pode suplantar 4 anos (também levando em conta o concurso de crimes), com período de prova variando de 4 a 6 anos²⁴¹.

Deve-se atentar para a possibilidade de leis especiais disporem de forma específica sobre o instituto. Nesse sentido, a Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 16, ampliou a concessão do *sursis* para condenações iguais ou inferiores a 3 (três) anos²⁴².

No “sursis” simples, no primeiro ano do período de prova, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 78, § 1º).

No *sursis* especial, porque o condenado reparou o dano ou demonstrou impossibilidade de fazê-lo, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal lhe forem inteiramente

241. O STF decidiu que o período de prova não é considerado na análise do requisito temporal para a concessão do indulto natalino: “Em razão de o “sursis” não ostentar natureza jurídica de pena, mas de medida alternativa a ela, o período de prova exigido para a obtenção desse benefício não se confunde com o requisito temporal relativo ao cumprimento de um quarto da pena privativa de liberdade para se alcançar o indulto natalino. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se discutia a possibilidade de se computar o período de prova referente ao “sursis” como cumprimento de pena para fins de concessão de indulto. Na espécie, os incisos XIII e XIV do art. 1º do Decreto 8.172/2013 teriam reconhecido como merecedores do indulto natalino os réus condenados a pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP, ou ainda beneficiados com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tivessem cumprido, até 25 de dezembro de 2013, um quarto da pena, requisito temporal vinculado à pena privativa de liberdade, sem qualquer relação com o período de prova do “sursis”. O recorrente fora condenado a dois meses de prisão no regime aberto pela prática do crime de lesões corporais culposas, tipificado no art. 251 do CPM e, beneficiado com o “sursis”, tivera negado o indulto natalino pelo STJ. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Afirmava que, no caso do indulto, o período de prova para suspensão condicional da pena poderia ser considerado para efeito do atendimento ao requisito temporal, sob pena de um direito atribuído ao cidadão vir, em um passo seguinte, a prejudicá-lo” (RHC 128515/BA, rel. Min. Luiz Fux, DJe 01/10/2015).

242. Lei nº 9.605/98. Art. 16. *Nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos.*

favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do art. 78, § 1º, pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- (A) proibição de frequentar determinados lugares;
- (B) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- (C) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 78, § 2º).

Nos demais (etário e humanitário), as condições a serem cumpridas no primeiro ano de período de prova vão depender se o beneficiário reparou ou não o dano resultado do crime.

A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado (art. 79 do CP).

Antes de prosseguir para a análise das causas de revogação do benefício, algumas questões importantes devem ser debatidas.

☒ **Qual a natureza da prestação de serviços de que trata o art. 78 do CP? Deve ser encarada exclusivamente como condição do sursis ou carrega a característica da pena autônoma e substitutiva da privação de liberdade?**

Trata-se, sem a menor dúvida, única e exclusivamente de condição para a suspensão da pena, que de nenhuma forma se pode confundir com a pena restritiva de direitos de que trata o art. 46.

Não obstante, temos visto decisões em que a *condição obrigatória* da suspensão condicional da pena tem sido afastada porque a pena privativa de liberdade aplicada não supera os seis meses. Vejamos, a título de exemplo, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“2. Conforme a dicção do art. 79 do CP, na hipótese do sursis simples, admite-se que o Julgador estabeleça outras condições às quais a suspensão condicional da pena ficará subordinada, desde que adequadas ao caso concreto, além das legalmente previstas, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. 3. No caso, a pena corporal foi estabelecida em 3 meses de detenção, o que afasta a possibilidade de prestação de serviços à comunidade, pois tal medida somente é aplicável às condenações superiores a 6 meses, a teor do art. 46 do CP. 4. Malgrado não tenha ocorrido a aplicação cumulativa das condições correspondentes ao sursis simples e ao sursis especial, deve ser estabelecida como condição legal e obrigatória da benesse a limitação de final de semana (CP, art. 48), no primeiro ano do prazo, ficando mantido o comparecimento mensal em juízo e a proibição de se ausentar da comarca, por serem tais medidas adequadas ao fato concreto e à situação do réu, conforme o autorizado pelo art. 79 do CP. 5. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para substituir a condição legal correspondente à prestação de serviços à comunidade pela limitação de final de semana, ficando

mantidas as demais condições do *sursis* estabelecidas na sentença condenatória.”²⁴³

“(…) Ocorre que a pena fixada é inferior a seis meses de detenção, o que não autoriza exigir do sentenciado o cumprimento da condição do § 1º do artigo 78 do Código Penal (prestação de serviços à comunidade), vez que o próprio texto legal condiciona essa concessão ao quanto previsto no artigo 46, de referido ordenamento, que por sua vez somente autoriza essa fixação quando a pena for superior a seis meses, vetando, portanto, sua aplicação a pena inferior a esse montante, como aqui verificado (...).”²⁴⁴

Esta solução, no entanto, é equivocada, pois confunde institutos, impõe ao *sursis* um requisito inexistente e acaba afastando uma de suas condições fundamentais.

Na redação dada ao art. 46 do CP pela Lei 7.209/84 (que reformulou toda a Parte Geral do Código Penal), não havia nenhuma menção à pena mínima aplicada para que o juiz pudesse promover a substituição. Tratava-se tão somente de definir que a pena consistia em “atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistências, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”. É a esta redação que se refere o art. 78, § 1º, do CP. O legislador de 1984 mencionou, nas condições do *sursis*, a prestação de serviços e, para não se repetir, remeteu-se a seu conceito (não a requisitos) no art. 46.

Em 1998, a Lei 9.714 promoveu relevantes mudanças no sistema das penas restritivas de direitos e, modificando a redação do art. 46, impôs o mínimo de seis meses de pena aplicada para que o juiz efetue a substituição. Segundo Guilherme de Souza Nucci,

“provavelmente para incentivar o magistrado a aplicar outras modalidades de restrição de direitos, como a prestação pecuniária ou a perda de bens e valores, bem como para facilitar a fiscalização e o cumprimento. Afinal, é dificultosa a mobilização para cumprir apenas um ou dois meses de prestação de serviços, escolhendo o local, intimando-se o condenado e obtendo-se resposta da entidade a tempo de, se for o caso, reconverter a pena em caso de desatendimento”.²⁴⁵

Ora, esta justificativa não se aplica à prestação de serviços à comunidade imposta como condição do *sursis*, pois o serviço deve ser prestado durante todo o *primeiro ano* da suspensão, o que afasta qualquer inviabilidade que pudesse decorrer de um período de tempo mais curto.

243. STJ – HC 440.286/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 12/06/2018.

244. TJSP – Apelação Criminal 0000816-32.2017.8.26.0213, Rel. Newton Neves, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 25/03/2019.

245. *Código Penal Comentado*. Ob. cit., p. 344.

Por fim, devemos nos atentar para o texto literal do art. 78, § 1º, do CP, segundo o qual *deverá* o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana. Não se trata de opção, mas de *imposição legal* para que a pena seja suspensa. E esta imposição, como se extrai do próprio dispositivo citado, não contém em si mesma nenhuma condição relativa à quantidade da pena imposta. Por isso, a prestação de serviços à comunidade como condição do sursis deve ser imposta simplesmente em virtude da concessão da suspensão, ainda que a pena privativa de liberdade tenha sido fixada abaixo dos seis meses, pois as regras específicas das penas restritivas de direitos não se aplicam a esta situação.

Para espantar qualquer dúvida de que a prestação no *sursis* não é pena, mas condição, basta recordar que seu descumprimento acarreta a revogação do benefício, sem direito à detração na pena privativa do tempo de prestação cumprida.

☒ **Existe algum tipo de “sursis” incondicionado?**

Não existe “sursis” sem condições a serem observadas pelo beneficiário, o que seria uma contradição nos próprios termos. Caso o magistrado sentenciante não determine as condições a serem obedecidas pelo condenado, deve o autor da ação opor Embargos de Declaração (art. 382, CPP ou art. 619, CPP, em sede de acórdão condenatório) a fim de sanar a omissão.

Não sanado o vício (ou não sendo opostos Embargos), nada impede que o juízo das execuções fixe as condições a serem observadas, com fulcro nos arts. 66, III, “d”, e 158, §2º, ambos da Lei de Execução Penal. Nesse sentido vem decidindo o STJ:

“se o juiz se omite em especificar as condições na sentença, cabe ao réu ou ao Ministério Público opor embargos de declaração, mas se a decisão transitou em julgado, nada impede que, provocado ou de ofício, o Juízo da Execução especifique as condições. Aí não se pode falar em ofensa à coisa julgada, pois esta diz respeito à concessão do sursis e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução da pena” (RT 709/389).

Por fim, não importando a espécie, só poderá valer-se da medida alternativa do “sursis”:

(A) O condenado não reincidente em crime doloso (art. 77, I);

A pena de multa anteriormente imposta não impede que seja concedida a suspensão (art. 77, §1º, CP). Ratificando o teor legal a súmula nº 499 do STF prescreve que “*Não obsta à concessão do sursis a condenação anterior à pena de multa*”.

(B) Quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício (art. 77, II);

(C) Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código (art. 77, III).

Para facilitar ao leitor, reproduzimos as várias espécies de “sursis” num quadro, destacando as semelhanças e diferenças entre os institutos:

	“Sursis” Simples	“Sursis” especial	“Sursis” etário	“Sursis” humanitário
Previsão legal	art. 77 c/c o art. 78, §1º, CP	art. 77 c/c. o art. 78, §2º	art. 77, §2º, 1ª parte, CP	art. 77, §2º, 2ª parte, CP
Pressupostos	Pena imposta não superior a dois anos (considerando o concurso de crimes);		Pena imposta não superior a quatro anos (considerando o concurso de crimes);	
	Período de prova variando de 2 a 4 anos;		Período de prova variando de 4 a 6 anos;	
	–	Reparação do dano ou compro- vada impossibili- dade de fazê-lo;	Maior de 70 anos;	–
	–	Condições favoráveis (art. 59).	–	Condenado doente;
No primeiro ano o beneficiário	sujeita-se às condi- ções do art. 78, § 1º, CP.	sujeita-se às condi- ções do art. 78, §2º, CP	sujeita-se às condições do art. 78, §1º ou §2º, do CP, dependendo se reparou o dano ou se comprovou a impossibili- dade de fazê-lo.	
Requisitos	• condenado não reincidente em crime doloso; • circunstâncias judiciais favoráveis; • não indicada ou cabível restritiva de direitos.			

7.3.4. Revogação

A suspensão condicional da pena poderá ser revogada. A lei anuncia hipóteses de revogação obrigatória e facultativa.

(A) A revogação obrigatória

A revogação obrigatória ocorre nos casos previstos no artigo 81 do Código Penal:

(i) Quando o beneficiário é condenado em sentença irrecorrível por crime doloso

A simples condenação definitiva por crime doloso gera, obrigatoriamente, a revogação do benefício, não importando se a infração penal voluntária foi praticada antes ou depois do início do período de prova.

Para a maioria trata-se de causa de revogação automática, não exigindo decisão do juiz (STF – RT 630/397-8).

Não sem razão, alerta **Rogério Greco**:

“Contudo, se for condenado a uma pena de multa ou, mesmo, a uma pena privativa de liberdade que foi substituída pela pena de multa, entendemos que, mesmo havendo essa nova condenação por crime doloso, tal fato não terá o condão de obrigar a revogação”²⁴⁶.

(ii) Quando o beneficiário frustra, embora solvente, a execução da pena de multa ou não efetua, sem justo motivo, a reparação do dano

Com o advento da Lei nº 9.268/96, que alterou a redação do artigo 51 do Código Penal, foi revogada, tacitamente, a primeira parte do artigo 81, II, do Código Penal (*frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa*), devendo a parte interessada executar a multa imposta.

A segunda parte anuncia que, para não se revogar o benefício, o condenado deve reparar o dano ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Esclarece **Flávio Monteiro de Barros**:

“Vimos que a injustificada falta de reparação do dano impede o ‘sursis’ especial, submetendo o acusado ao rigoroso ‘sursis’ simples. E, se depois de obtido o ‘sursis’, ele permanecer inadimplente, sem motivo justo, impõe a lei a revogação do benefício. Vê-se assim que o réu é duplamente penalizado. Com efeito, se não efetua, até a sentença, a reparação do dano, ser-lhe-á negado o ‘sursis’ especial. E, se durante o período de prova, não efetuar a reparação do dano, o benefício será revogado. É claro que se a não-reparação se der por motivo justo, não se impede nem se revoga o ‘sursis’.”²⁴⁷.

(iii) Quando o beneficiário descumpre as obrigações de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana

Contraria a intenção do legislador, quando da previsão do instituto, o condenado que descumpre as condições impostas. Assim, impõe-se a revogação, que decorre diretamente da lei, devendo ser aplicada se identificada pelo magistrado.

Nessa hipótese de revogação, é imprescindível a oitiva do beneficiário.

(B) A revogação facultativa

As únicas duas hipóteses de revogação facultativa estão anunciadas no art. 81, § 1º, do CP:

(i) Quando o condenado descumpre qualquer outra condição imposta por ocasião da concessão do benefício (art. 78, § 2º, ou art. 79)

Já foi estudado que o descumprimento das condições impostas no art. 78, § 1º, do CP (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana), acarreta a revogação obrigatória do “sursis”.

246. Ob. cit., p. 633.

247. Ob. cit., p. 540.

Agora, alerta o legislador que o não cumprimento, injustificado, de qualquer outra condição suspensiva da execução da prisão, prevista nos arts. 78, § 2º (proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades) ou 79 (especificadas pelo juiz), pode causar a revogação (facultativa).

(ii) Quando o beneficiário é condenado, irrecorrivelmente, por crime culposos ou por contravenção penal, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, §1º, CP).

Bitencourt, analisando esta causa de revogação facultativa, observa:

“Essa hipótese afasta a condenação à pena de multa, já que se refere especificamente às outras duas modalidades de penas. Cria, porém, uma situação um pouco complicada: um indivíduo condenado, com a pena suspensa e que durante o período de prova sofre outra condenação à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos pode não ter revogada a suspensão anterior.

Como e quando tal indivíduo cumprirá essa segunda pena? Será cumprida concomitantemente ou sucessivamente? Nem a lei nem a doutrina e tampouco a jurisprudência dizem como e quando será cumprida essa segunda sanção. Tampouco referem se haverá unificação com a pena suspensa que se encontra em período probatório.”²⁴⁸.

Percebendo que está presente causa de **revogação facultativa**, o juiz pode optar: 1) pela revogação; 2) nova advertência; 3) prorrogar o período de prova até o máximo (art. 81, § 3º); 4) exacerbar as condições impostas.

7.3.5. Cassação

Merece atenção a distinção que se impõe entre a **revogação** e a **cassação** do *sursis*. No primeiro, a causa é superveniente ao início do período de prova; no segundo, anterior.

São causas de cassação: **a)** não comparecimento injustificado do beneficiário na audiência admonitória (art. 161 da LEP); **b)** o provimento de recurso da acusação contra a concessão da medida alternativa na sentença condenatória; **c)** o condenado, na audiência, recusa as condições atreladas ao benefício.

7.3.6. Prorrogação

A lei anuncia duas hipóteses em que o período de prova pode/deve ser prorrogado:

(A) Quando, facultativa a revogação, o juiz preferir estender o período de prova até o máximo, evitando-se o cancelamento imediato do benefício concedido (art. 81, § 3º).

248. Ob. cit., p. 899.

(B) Quando o beneficiário esteja sendo processado por outro crime ou contravenção (art. 81, §2º, CP)²⁴⁹. Aqui, a prorrogação é **automática** e perdura até o julgamento definitivo do processo. Percebam que a simples instauração de procedimento investigatório (inquérito policial) não acarreta a prorrogação do período de prova.

Vejamos a diferença entre os institutos até aqui abordados.

Revogação obrigatória	Revogação facultativa	Cassação	Prorrogação
a) Condenação definitiva por crime doloso cometido antes ou depois do início do período de prova; b) Não reparação do dano sem motivo determinado; c) Descumprimento injustificado do art. 78, § 1º, CP.	a) Descumprimento das demais condições; b) Condenação definitiva por crime culposo ou contravenção penal a pena diversa da multa.	a) não comparecimento injustificado na audiência admonitória b) provimento de recurso da acusação contra a concessão da medida alternativa; c) o condenado recusa as condições atreladas ao benefício.	a) Beneficiário processado por outro crime ou contravenção; b) Quando facultativa a revogação , o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

7.3.7. Extinção

Nos termos do que dispõe o artigo 82 do Código Penal, expirado o prazo sem que tenha havido revogação do *sursis*, considera-se **extinta a pena privativa de liberdade**.

Alerta **Bitencourt**:

“Uma vez extinta a pena, ainda que se venha a descobrir que o beneficiário não merecia o *sursis* obtido, em face da existência de causas impeditivas, por exemplo, não será revogável a suspensão”²⁵⁰.

Questão interessante diz respeito à suspensão dos direitos políticos.

A Constituição Federal, em seu art. 15, III, dispõe que a perda ou suspensão dos direitos políticos se dará no caso de condenação criminal transitada em julgado, **enquanto durarem seus efeitos**. Ora, do exposto, conclui-se que o *sursis* implica na suspensão dos direitos políticos do beneficiário, até que, nos termos do art. 82 do Código Penal, se declare extinta a pena pelo decurso do período de prova.

Nesse sentido parece caminhar o art. 18 da Resolução 113 do CNJ:

“O juiz do processo de conhecimento expedirá ofícios ao Tribunal Regional Eleitoral com jurisdição sobre o domicílio eleitoral

249. Tratando-se de crime culposo ou contravenção penal a que a lei comine somente pena de multa, pensamos ser inviável a prorrogação, tendo em vista que a condenação exclusiva a pena de multa em infrações penais dessa natureza não tem efeito revocatório no *sursis*.

250. Ob. cit., p. 901.

do apenado para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal”.

☑ **É possível “sursis” sucessivos e simultâneos?**

Flávio Monteiro de Barros responde:

“*Sursis* sucessivo é o obtido pelo réu após a extinção do *sursis* anterior, o que ocorre quando o sujeito, depois de cumprir o benefício, pratica delito culposos ou contravenção penal. Como não é reincidente em crime doloso, nada obsta que venha novamente a beneficiar-se do *sursis*.”

Por outro lado, *sursis* simultâneos são os cumpridos ao mesmo tempo. Sua existência é possível quando o réu, durante o período de prova, é condenado irrecorrivelmente por crime culposos ou contravenção a pena privativa de liberdade não superior a dois anos. Nesse caso ele pode obter novo *sursis* porque não é reincidente em crime doloso. E nada obsta a manutenção do primeiro, pois a revogação é facultativa.”²⁵¹.

☑ **Cabe a medida alternativa do “sursis” para estrangeiro?**

O Decreto-lei nº 4.865/42 dispunha, em seu artigo 1º, ser “proibida a concessão da suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem no território nacional em caráter temporário”. Entretanto, as leis posteriores que disciplinam a matéria não repetiram a vedação, motivo pelo qual, atualmente, é plenamente possível o benefício.

Nesse sentido, o STF:

“O Decreto-lei 4865/42, impedindo o *sursis* no caso do estrangeiro com visto temporário, não ofende o princípio da isonomia. O diploma, entretanto, resultou revogado pela legislação que em 1969 – e, mais tarde, em 1980-1981 –, estabeleceu o estatuto do estrangeiro sem retomar a antiga restrição.”²⁵².

7.4. Livramento condicional

7.4.1. Conceito e natureza jurídica

O livramento condicional é uma medida penal consistente na liberdade antecipada do reeducando, etapa de preparação para a soltura plena, importante instrumento de ressocialização.

O benefício é **decorrência do sistema progressivo** de cumprimento de pena (porém, para sua concessão, não pressupõe a passagem por todos os regimes prisionais).

251. Ob. cit., p. 542.

252. STF – Segunda Turma – HC 63142 – Rel. Min. Francisco Rezek – DJ 19/12/1985.

Sua previsão legal se encontra no artigo 83 do Código Penal, sendo de competência do juízo da execução penal, motivo pelo qual a matéria está bem detalhada nos artigos 131 a 146 da Lei de Execução Penal.

Atente-se que o livramento não é um benefício que está à mercê da vontade do julgador, mas é um claro **direito subjetivo do apenado**, desde que preenchidas as formalidades constantes do preceito.

Como bem sintetizam **Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**:

“O livramento condicional constitui o último grau do tratamento penitenciário. Implica uma forma diversa de se cumprir a pena privativa de liberdade, e não significa uma redução temporária da sanção, mas sim de uma maneira diferente de executá-la. O livramento condicional somente é aplicável quando já se cumpriu uma parte da condenação (um terço, a metade, ou dois terços, segundo o caso) pelo que se consideram alcançados todos os fins preventivos gerais. A partir daqui, e somente levando-se em conta a prevenção especial, se modificará a forma de cumprimento da pena imposta. Advirta-se que no caso de não cumprimento das condições, o que resta da privação de liberdade será executada integralmente. A liberdade condicional significa um caminho para diminuir os efeitos da privação da liberdade, cumprindo assim uma finalidade preventiva especial que beneficia a todos os condenados que dão demonstrações favoráveis de reinserção social”²⁵³.

7.4.2. Requisitos

Para o condenado obter o benefício da liberdade antecipada devem ser observados certos requisitos objetivos e subjetivos e devem ser cumpridas algumas condições.

7.4.2.1. Objetivos

Os **requisitos objetivos** do livramento estão relacionados com a pena imposta e reparação do dano. Vejamos:

(A) A pena imposta deve ser privativa de liberdade;

O instituto do livramento condicional, a exemplo do “sursis”, somente poderá ser concedido à pena privativa de liberdade (não alcança as penas restritivas de direitos ou pecuniária).

(B) A pena concreta a ser cumprida deve ser igual ou superior a dois anos.

Nos termos do artigo 84 do Código Penal, o magistrado deverá somar as penas aplicadas em processos diversos para a verificação desse requisito. Alerta **Mirabete** que as

253. Ob. cit. p. 671.

penas que devem ser somadas são apenas aquelas por cumprir e não outras já cumpridas e declaradas extintas anteriormente. Caso contrário, o condenado, ao cumprir penas, ficaria sempre com um crédito a ser descontado no lapso temporal exigido para a concessão do benefício²⁵⁴.

Suponhamos que JOÃO foi condenado pela prática do crime de furto (art. 155 do CP). Na sentença, o juiz fixa a pena de 1 ano e 11 meses de reclusão. Sendo reincidente em crime doloso, JOÃO não merece restritivas de direitos, multa ou “sursis”. Percebam que a pena imposta na sentença inviabiliza, também, o livramento condicional.

Pode JOÃO recorrer para pleitear o aumento da pena em um mês, a fim de preencher o requisito objetivo em exame?

Rogério Greco responde:

“A resposta deve ser afirmativa. Isso porque, se a pena não alcançar o limite mínimo de dois anos, o condenado terá de cumprir toda a condenação que lhe fora imposta, ou seja, um ano e onze meses, ao passo que se o tribunal acrescentar um mês à pena aplicada, elevando-a para dois anos, o condenado poderá voltar ao convívio em sociedade após cumpridos doze meses e um dia, ou seja, mais da metade da pena imposta, pois é reincidente em crime doloso.”²⁵⁵.

(C) O apenado deve ter cumprido parcela da pena:

O benefício da liberdade condicional é conferido ao condenado que cumpriu parte da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta: mais de metade, se reincidente²⁵⁶⁻²⁵⁷; mais de um terço, se não reincidente e portador de bons antecedentes²⁵⁸; mais de dois terços no caso de condenação por crime hediondo ou equiparado²⁵⁹ ou por tráfico de pessoas (que, se cometido contra criança ou adolescente, é hediondo – Lei 14.811/24),

254. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 571.

255. Ob. cit. p. 640-1.

256. Somente a reincidência dolosa é que aumenta a fração de cumprimento da pena como condição do benefício; a culposa, de acordo com a maioria da doutrina, em nada interfere.

257. O STJ decidiu que, na concessão do livramento condicional, a reincidência do agente deve ser considerada entre os requisitos objetivos ainda que não o tenha sido na sentença condenatória, pois “é circunstância pessoal que interfere na execução como um todo, e não somente nas penas em que ela foi reconhecida” (HC 307.180/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 13/5/2015). Essa orientação foi reiterada sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 2.049.870/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/10/2023).

258. Deve ser observado que a lei não tratou do condenado primário, mas portador de maus antecedentes. Na omissão, prevalece que o reeducando, com esses predicados, deve cumprir também um terço, o mesmo prazo do portador de bons antecedentes (*in dubio pro reo*).

259. O crime de associação para o tráfico, segundo o entendimento dominante, não é equiparado a hediondo por não figurar no rol taxativo do art. 1º da Lei nº 8.072/90. No entanto, de acordo com o STJ, independentemente dessa circunstância, o prazo para o livramento condicional é o mesmo do tráfico de drogas porque a Lei nº 11.343/06 os equipara para esse efeito no art. 44, parágrafo único (HC 381.202/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 04/05/2017).

desde que o apenado não seja **reincidente específico**^{260,261} em crimes dessa natureza (**livramento condicional qualificado**)²⁶².

Para atingir o tempo mínimo de pena cumprida, computam-se a prisão provisória, administrativa e internação em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 42 do CP), bem como a pena remida pelo trabalho e/ou estudo (art. 128 da LEP).

(D) Exige-se a reparação do dano causado pela infração penal, salvo impossibilidade de fazê-lo.

A simples ausência de propositura de ação de indenização por parte da vítima não supre a presente necessidade (STF). Também o mero fato de o patrimônio do reeducando estar submetido à constrição processual não o desobriga de reparar o dano causado pela infração penal.

(E) Não cometimento de falta grave nos últimos doze meses.

Este requisito objetivo foi introduzido pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) e é irretroativo, tendo em vista que limita a obtenção de um benefício que reflete diretamente no cumprimento da pena.²⁶³

As faltas graves correspondem a condutas contrárias ao bom andamento da execução penal e indicam que o condenado não se dispõe a se esforçar para sua própria reintegração social e que, portanto, não está apto a usufruir de determinados benefícios que

260. Quanto a este requisito, discute-se o que se entende por **reincidência específica**. Temos, hoje, três correntes: é a prática de novo crime, qualquer daqueles tratados na Lei nº 8.072/90; é a prática de um novo crime hediondo ou equiparado, com a mesma objetividade jurídica do anterior (ex: extorsão + latrocínio); é a prática do mesmo crime hediondo ou equiparado anteriormente cometido. Prevalece a **primeira corrente**. A inserção do tráfico de pessoas no inciso V traz outra questão: tendo em vista que não se trata de crime hediondo nem a este equiparado (a não ser que vitime criança ou adolescente - Lei 14.811/24), a reincidência específica se caracteriza em qual situação? Se o agente já houver sido condenado definitivamente pelo mesmo crime, ou basta que a condenação se dê por qualquer daqueles mencionados no inciso V? Parece-nos que a melhor solução é a que se assemelha à primeira corrente acima citada, isto é, a condenação por qualquer dos crimes mencionados no inciso V provoca a reincidência específica. É, de fato, a interpretação mais adequada da expressão “crimes dessa natureza”, pois, caso o legislador pretendesse que a reincidência específica se restringisse à mesma figura criminosa, não lançaria mão de expressão genérica e no plural.

261. O STJ tem decidido que para a caracterização da reincidência específica em crimes hediondos não é necessário que o delito anterior, pressuposto da reincidência, tenha sido cometido sob a vigência da Lei nº 11.464/07 (HC 384.493/AL, DJe 05/04/2017).

262. Ao tratar das frações de cumprimento da pena para a progressão de regime, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) inseriu mais uma limitação ao livramento condicional. Segundo o art. 112, inc. VI, *a* e inc. VIII, o condenado (primário ou reincidente) pela prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte não pode obter o benefício.

263. Apesar da irretroatividade, é possível que o juiz negue a concessão do livramento com base no requisito relativo ao comportamento carcerário. A diferença é que, neste caso, como o bom comportamento é um requisito subjetivo, é preciso fundamentar a real incompatibilidade entre a falta cometida e a liberdade antecipada, ao passo que o óbice baseado no novo requisito introduzido no art. 83 se contenta com o mero cometimento da falta grave.

poderiam antecipar sua liberdade. Embora a falta grave não seja exclusiva dos regimes mais severos (é possível cometê-la também no regime aberto), é nesta condição que se revela particularmente preocupante, pois, se mesmo sob a vigilância do estabelecimento prisional o condenado recusa submissão às regras, maior ainda é a probabilidade de fazê-lo em liberdade, ainda que restrita.

A Lei de Execução Penal estabelece no art. 50 um rol taxativo das hipóteses de falta grave:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina: esta falta guarda similaridade com o crime de motim (art. 354 do CP), mas com ele não se confunde, pois se caracteriza ainda que apenas um preso tome a iniciativa de incitação subversiva, ao passo que o crime é plurissubjetivo.

II – fugir: a legislação penal considera crime a evasão quando praticada mediante violência (art. 352 do CP), circunstância esta dispensável na caracterização da falta na execução penal. Basta que o preso fuja ou, por exemplo, não retorne da saída temporária.

III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem: o preso que traz consigo ou guarda instrumentos como facas, canivetes, estiletes ou similares comete falta grave. Basta que o preso possua o instrumento proibido, dispensando-se o efetivo porte ou uso.

IV – provocar acidente de trabalho: o preso que provocar (dolosamente) acidente de trabalho comete falta grave. O acidente provocado culposamente não caracteriza esta falta, podendo ser rotulado como falta leve ou média, desde que prevista na legislação local.

V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas: o art. 115 da LEP estabelece as seguintes condições obrigatórias para o regime aberto: a) permanecer no local que for designado durante o repouso e nos dias de folga; b) sair para o trabalho e retornar nos horários fixados; c) não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial; d) comparecer no juízo para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado. Além disso, o juiz pode impor condições especiais compatíveis com o regime mais brando. O preso que descumpre qualquer das condições impostas incorre em falta grave.

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 da LEP: a desobediência ao servidor e o desrespeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se o condenado (inc. II) e a não execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas (inc. V) constituem falta grave.

VII – ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: a introdução de aparelho de comunicação no presídio, antes de março de 2007, não gerava, em regra, qualquer consequência para o preso surpreendido na posse do aparelho, para o agente público que se omitisse diante a obrigação de vigilância ou mesmo para o particular que o introduzisse no sistema penitenciário. Os dois primeiros comportamentos, com o advento da Lei 11.466/07, foram tipificados como falta grave (art. 50, inc. VII, da LEP) e crime (art. 319-A do CP), respectivamente. Posteriormente, a Lei 12.012/09 tipificou

também as condutas de ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada do aparelho, sem autorização, em estabelecimento prisional (art. 349-A do CP). O STJ editou duas súmulas a respeito desta falta disciplinar:

“A posse, pelo apenado, de aparelho celular ou de seus componentes essenciais constitui falta grave.”²⁶⁴

“A falta grave prescinde da perícia do celular apreendido ou de seus componentes essenciais.”²⁶⁵

VIII – recusar a submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético: esta falta grave foi introduzida pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime). Com o advento da lei 12.654/12, passou a ser obrigatória para os condenados por crimes dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes etiquetados como hediondos, a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA com técnica adequada e indolor. A Lei 13.964/19 alterou o *caput* do art. 9º-A, segundo o qual submete-se à extração de DNA o condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual e por crime sexual contra vulnerável.

O presidente da República havia vetado a alteração do *caput*:

“A proposta legislativa, ao alterar o *caput* do art. 9º-A, suprimindo a menção expressa aos crimes hediondos, previstos na Lei nº 8.072, de 1990, em substituição somente a tipos penais específicos, contraria o interesse público, tendo em vista que a redação acaba por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além daqueles que serão incluídos no rol de crimes hediondos com a sanção da presente proposta, tais como os crimes de comércio ilegal de armas, de tráfico internacional de arma e de organização criminosa”.

Com a derrubada do veto, a redação modificada prevaleceu.

Há quem considere inconstitucional a identificação do perfil genético porque tem características do direito penal do autor (remontando ao conceito de “criminoso nato” de Enrico Ferri), fere a segurança jurídica, desequilibra a balança da punição *vs* garantias e é campo fértil para abusos.

Pensamos, no entanto, que a medida em si não é incompatível com a ordem constitucional; ao contrário, é salutar quando se pensa num Estado que deve ser eficiente no combate à crescente criminalidade (garantismo positivo), sem desconsiderar as garantias do cidadão (garantismo negativo). Criticamos, apenas, a punição diante da recusa do condenado. Isto sim nos parece inconstitucional e inconveniente, pois é assegurado a todos o direito de não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*). Logo, em caso

264. Súmula 660.

265. Súmula 661.

de recusa, deve o Estado buscar outros meios, como a colheita de material desprendido do corpo do indivíduo para servir à identificação genética. Não há impedimento ao uso de vestígios para colher material útil na identificação do indivíduo, nem há nenhum obstáculo para sua apreensão e análise. São partes do corpo humano (vivo) que já não pertencem a ele. Logo, todas podem ser apreendidas e submetidas a exame normalmente, sem nenhum tipo de consentimento (ex.: exame na saliva que se encontra nos cigarros fumados e jogados fora pelo condenado).

☑ **A falta grave interrompe o prazo para o livramento?**

Não. Embora o cometimento de falta grave interrompa o prazo para a progressão de regime²⁶⁶, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, pois não há previsão legal a esse respeito. Nesse sentido é a súmula nº 441 do STJ, cujo conteúdo não é incompatível com a regra imposta pela Lei 13.964/19. Embora o condenado não possa obter o livramento se houver cometido falta grave nos doze meses anteriores à sua pretensão, o prazo do benefício não volta a correr do começo quando cometida a infração. Praticada a falta grave, nos 12 meses seguintes o reeducando não pode ser beneficiado com a liberdade antecipada, mesmo que cumpra seu requisito temporal. O prazo de 12 meses, aliás, coincide com o prazo da reabilitação da falta grave, hoje previsto na maioria dos regimentos internos das unidades prisionais dos vários estados brasileiros.

7.4.2.2. Subjetivos

Somando-se aos objetivos, temos os **requisitos subjetivos**, vinculados com o lado pessoal do executado. São eles:

(A) Bom comportamento durante a execução da pena

Esse requisito cobra do condenado comportamento adequado durante todo o tempo da execução da pena, seja no cumprimento das obrigações internas, seja no seu relacionamento com demais habitantes do sistema, com os funcionários, elementos indicativos da sua capacidade de readaptação social. De acordo com o STJ, essa análise não sofre limitação temporal, diferentemente do requisito sobre a inexistência de falta grave nos doze meses anteriores à pretensão:

“A valoração do requisito subjetivo para concessão do livramento condicional – bom comportamento durante a execução da pena (art. 83, inciso III, alínea a, do Código Penal) – deve considerar todo o histórico prisional, não se limitando ao período de 12 meses referido na alínea b do mesmo inciso III do art. 83 do Código Penal.”²⁶⁷

266. Neste sentido, a súmula nº 534 do STJ: “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”.

267. REsp 1.970.217/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 24/05/2023.

E o fato de o condenado ter se reabilitado de uma falta disciplinar cometida não o torna necessariamente apto a obter o benefício:

“A circunstância de o paciente já haver se reabilitado, pela passagem do tempo, desde o cometimento das sobreditas faltas, não impede que se invoque o histórico de infrações praticadas no curso da execução penal, como indicativo de mau comportamento carcerário.”²⁶⁸

O histórico prisional conturbado do condenado pode fundamentar o indeferimento do benefício:

“[...] V - Aqui, portanto, é o histórico prisional conturbado do apenado, somado ao crime praticado (uma condição legal do atual art. 83, parágrafo único, do Código Penal), que afasta a constatação inequívoca do requisito subjetivo para a concessão do livramento condicional.

VI - Não há falar, pois, em suposta ilegalidade dos prazos fixados para a reabilitação da falta grave na Resolução SAP n. 144/2010 do Regimento Interno Padrão do Estado de São Paulo, cuja legalidade abstrata sequer se encontra na via adequada de debate. Embora, de fato, a Sexta Turma desta Corte tenha esposado o entendimento de que as reabilitações das faltas graves cometidas no mesmo dia e que ocorrem em períodos sucessivos e não concomitantes conferem ao apenado tratamento mais rigoroso (HC 652.190/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 27/8/2021), no caso vertente, a simples constatação de eventual reabilitação das faltas não altera a situação prisional do paciente, já que não se mostram tão antigas e o crime praticado se deu sob violência ou grave ameaça.”²⁶⁹

(B) Bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído.

O legislador buscou dar ao sentenciado a oportunidade de exercitar sua aptidão para as atividades que lhe serão indispensáveis e úteis na volta à liberdade. Assim, deve aquele que pleiteia o livramento condicional demonstrar que pode bem desempenhar, a título de trabalho atribuído, tanto as atividades levadas a cabo no interior do cárcere, quanto aquelas desenvolvidas fora da prisão, quer sejam no serviço público, quer sejam na iniciativa privada.

(C) Aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Este requisito aparece como desdobramento lógico do anterior. Como bem esclarece Bitencourt:

“A lei não determina que o apenado deve ter emprego assegurado no momento da liberação. O que a lei exige é a aptidão, isto é, a

268. AgRg no HC 665.369/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/05/2021.

269. HC 734.064/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), j. 03/05/2022.

disposição, a habilidade, a inclinação do condenado para viver à custa de seu próprio e honesto esforço. Em suma, de um trabalho honesto. Tanto isso é verdade que a lei estabelece como uma das condições obrigatórias do livramento 'obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, *se for apto para o trabalho*' (art. 132, § 2º, "a", da LEP). Constata-se, pois, que, além de não exigir a existência de emprego imediato, também não fixa prazo determinado para a obtenção de 'ocupação lícita'. Fala apenas em prazo razoável [contando com o prudente arbítrio do juiz], e nem poderia ser diferente"²⁷⁰.

Este requisito aparece como um dos grandes obstáculos à concessão do benefício para estrangeiros em situação ilegal ou irregular no país. O interesse social é expulsá-lo depois de cumprida a pena, não havendo como liberá-lo antes para que reingresse na comunidade onde se fez indesejável (RT 630/377).

(D) No caso de crime doloso praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, é imprescindível a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

O instrumento adequado para aferir essa condição é o exame criminológico. Anote-se que este exame era obrigatório antes da Lei 10.792/03, tendo sido suprimido. Não obstante, entendem os Tribunais Superiores que o juiz, fundamentando a sua necessidade, poderá determinar a sua realização. Assim tem decidido, pacífica e reiteradamente, o STF:

"A Lei n. 10.792/03 deu nova redação ao artigo 112 da Lei n. 7.210/84 – LEP –, excluindo a previsão de exame criminológico para a obtenção da progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de penas. O silêncio da Lei, a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, não inibe o juízo da execução do poder determiná-lo, desde que fundamentadamente. Isto porque a análise do requisito subjetivo pressupõe a verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao 'bom comportamento carcerário', como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador, como assentado na ementa do Tribunal a quo".²⁷¹

O STJ já decidiu que a inércia do condenado, capaz financeiramente, para adimplir a pena de multa impede o livramento condicional por descumprimento de seu requisito subjetivo:

"Com efeito, a decisão agravada encontra-se em consonância com a orientação firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente

270. Ob. cit. p. 913.

271. STF – Primeira Turma – HC 110073 – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 25/06/2012.

aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional (EP 8 ProgReg-AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, DJe-213 de 20-09-2017), entendimento aplicável, *mutatis mutandis*, ao livramento condicional, nos termos do § 2º do art. 112 da LEP. Vale ressaltar que o acórdão entendeu pela ausência de absoluta impossibilidade econômica de o apenado adimplir a pena de multa aplicada, considerando que possuiria emprego fixo que lhe permitiria o cumprimento da obrigação.”²⁷²

7.4.3. Condições

O Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento durante o período de prova (restante da pena a cumprir), dividindo-se em condições obrigatórias e facultativas.

7.4.3.1. Obrigatórias

O art. 85 do CP anuncia as **obrigatórias**:

(A) Obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável

Explica **Mirabete**:

“O prazo para obter ocupação lícita deve ser fixado pelo juiz, levando em conta eventual promessa de emprego juntada ao pedido de livramento, as dificuldades maiores ou menores que se apresentem ao liberado, o índice de desemprego geral na localidade etc. Nada impede que tal prazo seja prorrogado se o juiz verificar que, apesar do empenho do beneficiário, não logrou ele êxito na admissão de emprego ou execução de outra ocupação lícita (frequência a cursos de segundo grau, universitário, profissional etc.)”²⁷³.

Parte da doutrina ensina que o inapto para o trabalho não fica submetido à presente condição.

(B) Comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação

A lei não exige que a comunicação seja mensal, ficando a critério do juiz da execução penal.

(C) Não mudar da comarca sem prévia autorização do juízo.

O liberado não está proibido de mudar de endereço, dentro do território da comarca limite da jurisdição do juiz da execução penal. A autorização, portanto, é condição apenas quando se tratar de mudança de endereço que implique mudança de comarca.

272. AgRg no REsp 1.758.670/TO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09/04/2019.

273. *Execução Penal*. Ob. cit. p. 579-580.

7.4.3.2. *Facultativas*

Além das condições obrigatórias, o juiz pode fixar outras (chamadas judiciais), de natureza **facultativa**, elencadas, de forma exemplificativa, no art. 132, § 2º, da LEP: **a)** não mudar de residência sem autorização do juízo; **b)** recolher-se à habitação em hora fixada; **c)** não frequentar determinados lugares; **d)** outras condições judiciais adequadas ao fato e à situação pessoal do liberado.

7.4.4. *Concessão e execução*

A concessão do livramento condicional é de competência do juiz da execução, que poderá conceder o benefício após oitiva do Ministério Público, mas independentemente de parecer do Conselho Penitenciário²⁷⁴.

Seu marco inicial é a **audiência admonitória**, realizada no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena (art. 137 da LEP), oportunidade em que o beneficiário será comunicado das condições, devendo aceitá-las para que tenha início o período de prova²⁷⁵.

Concordando com as condições, será expedida a carta de livramento com a cópia integral da sentença em 2 (duas) vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário (art. 136 da LEP). A Carta de Livramento tem dupla finalidade: além de cientificar o reeducando das condições impostas no benefício, tem a mesma força do alvará de soltura, determinando, ao final, que o condenado seja colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

A cerimônia do livramento é um ato solene (art. 137 da LEP), cumprindo as seguintes formalidades:

(A) A sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo Presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na falta, pelo Juiz;

(B) A autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento;

(C) O liberando declarará se aceita as condições;

274. A Lei nº 10.792/2003 alterou o artigo 70, I, da LEP e **suprimiu a função do Conselho de Penitenciário de emitir parecer no caso de livramento condicional**. Nesse contexto: “A nova redação do art. 112 da LEP, dada pela Lei 10.792/03 – que estabeleceu novo procedimento para a concessão da progressão do regime, determinando que o mesmo proceder fosse aplicado na concessão do livramento condicional – **deixa para trás a exigência de prévia oitiva do Conselho Penitenciário, exigida no art. 131 da LEP, para a concessão do livramento condicional**. A mesma Lei 10.792/03 acabou por modificar, também, o inciso I do art. 70 da Lei de Execuções Penais, **retirando desse órgão a atribuição para emitir parecer sobre livramento condicional, constante na redação original do dispositivo**” (STJ – Quinta Turma – REsp 773.635 – Rel. Min. Gilson Dipp – Dj 03/04/2006).

275. Na hipótese de o liberando não aceitar as condições impostas pelo juiz, a autoridade administrativa comunicará o juiz da execução, que tornará o livramento condicional sem efeito e determinará que o condenado volte ao regime em que estava. Pode o juiz, entretanto, diante das justificativas do reeducando, modificar as condições facultativas eventualmente impostas, expedindo nova carta de livramento, em substituição a anterior, designando outra cerimônia (art. 144 LEP).

(D) Por fim, será lavrado um termo subscrito por quem presidir a cerimônia e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não puder ou souber escrever.

O liberado receberá (além do saldo de seu pecúlio e do que lhe pertencer) uma caderneta, ou na sua falta, um salvo-conduto, que exhibirá à autoridade judiciária ou administrativa, sempre que for exigida ou necessária. Serve como documento de identificação do liberado (art. 138 da LEP).

A observação cautelar (vigilância discreta) e a proteção do liberado (orientando e auxiliando o liberando) serão de responsabilidade do serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade, cumprindo as finalidades do art. 139 da LEP. Nesse ponto, alerta **Mirabete**:

“Em sua atividade de fiscalização das condições impostas na sentença uma das importantes funções da entidade encarregada da observação cautelar é a de apresentar relatório ao Conselho Penitenciário sempre que se positivar uma infração às regras estabelecidas na lei ou pelo juiz para o livramento. Tal relatório servirá de fundamento para que o Ministério Público ou do Conselho Penitenciário requeiram, ou o juiz da execução decrete, de ofício, a revogação do benefício (art. 143) ou modifique as condições (art. 144)”²⁷⁶.

7.4.5. Revogação

A liberdade antecipada, obviamente, é precária, demandando o cumprimento fiel das condições legais e judiciais, sob pena de revogação.

Como bem explica **Bitencourt**:

“Ao antecipar o retorno à liberdade do sentenciado mediante o cumprimento das condições, fazia-se necessário prever consequências efetivas ao eventual descumprimento dessas condições, que deram suporte a essa forma de execução penal. Para que a imposição de condições não se tornasse inócua era indispensável que fossem dotadas de coercibilidade: o descumprimento das normas pode levar à revogação da liberdade conquistada”²⁷⁷.

A revogação pode ser **obrigatória** ou **facultativa**.

7.4.5.1. Obrigatória

(A) Se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício²⁷⁸

276. *Execução Penal*. Ob. cit. p. 588.

277. Ob. cit. p. 920.

278. Cometida, pelo liberado, outra infração penal, poderá o juiz ordenar a sua prisão (recolhimento cautelar), nos termos do art. 145 da LEP. Tal medida suspenderá o curso do livramento condicional, cuja revogação dependerá da decisão final.

Neste caso, revelando desadaptação do reeducando à liberdade, não se computa na pena o tempo em que esteve solto (art. 88 do CP).

Deve-se observar também que não se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento. Nada obsta que o preso obtenha o livramento condicional em relação à segunda infração penal, desde que cumprida a primeira (art. 88 do CP).

Por fim, o restante da pena cominada ao crime não pode somar-se à nova pena para efeito da concessão do novo livramento (se a nova pena for inferior a dois anos, incabível, também em relação a esta, o benefício).

Imaginemos a seguinte situação hipotética: JOÃO, cumprindo pena pela prática do crime de roubo (art. 157 do CP), foi beneficiado pelo livramento condicional faltando 3 anos para cumprir a reprimenda. Depois de 2 anos, é condenado definitivamente a pena privativa de liberdade por novo crime cometido durante o livramento, mais especificamente, estelionato (art. 171 do CP). O benefício deve ser obrigatoriamente revogado. O tempo em que JOÃO esteve solto (2 anos) não será computado como pena cumprida. Em relação ao roubo, não se concederá novo livramento. Quanto ao estelionato, é possível, desde que na sentença seja aplicada pena igual ou superior a 2 anos, pois está vedada a soma da pena do novo crime com a restante do roubo.

(B) Se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior a vigência do benefício

Diferente da hipótese anterior, nesta não se revela desadaptação do reeducando à liberdade condicional. Assim, o período de prova é computado como tempo de cumprimento da pena.

Ressaltamos também ser possível a concessão de novo livramento, desde que preenchidos novamente os requisitos, admitindo, ainda, somar as penas dos dois crimes (art. 84 do CP).

Vamos enxergar as consequências com a ajuda de um exemplo: JOÃO, cumprindo pena pela prática do crime de roubo (art. 157 do CP), foi beneficiado pelo livramento condicional faltando 3 anos para cumprir a reprimenda. Depois de 2 anos, é condenado definitivamente a pena privativa de liberdade por novo crime, porém cometido antes do período de prova do livramento, mais especificamente, estelionato (art. 171 do CP). O benefício deve ser obrigatoriamente revogado. Contudo, o tempo em que JOÃO esteve solto (2 anos) será computado como pena cumprida. Em relação ao roubo, é possível conceder novamente o benefício, desde que preenchidos os requisitos, admitindo, ainda, somar as penas dos dois crimes para se chegar ao *quantum* mínimo de 2 anos (art. 84 do CP).

Em síntese:

Revogação por crime cometido durante a vigência do benefício	Revogação por crime anterior à vigência do benefício
Não se computa na pena o tempo em que o condenado esteve solto	O período de prova é computado como tempo de cumprimento da pena

Revogação por crime cometido durante a vigência do benefício	Revogação por crime anterior à vigência do benefício
Não se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento	É possível a concessão de novo livramento
Não se soma o restante da pena a cumprir com a nova pena para futuro livramento condicional	Admite-se a soma das penas

7.4.5.2. Facultativa

A revogação será **facultativa** se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade (art. 87, CP)²⁷⁹.

No caso, o juiz poderá revogar o livramento, alterar suas condições ou, simplesmente, advertir o apenado (LEP, artigo 140).

7.4.6. Prorrogação

De acordo com o artigo 89 do Código Penal, o juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, **por crime cometido na vigência do livramento**.

Da simples leitura do dispositivo, conclui-se: crime cometido antes da vigência do período de prova não prorroga o livramento; inquérito policial também não tem força para gerar esse efeito.

Discute-se se essa prorrogação é automática ou se depende de decisão judicial.

Havia decisões tanto no STJ quanto no STF impondo a necessidade de prorrogação expressa. Esta orientação se firmou ultimamente em diversos julgados nos quais os tribunais superiores estabelecem que, transcorrido o período do livramento sem que o juiz o prorrogue – ou suspenda –, a pena deve ser declarada extinta:

“2. À luz do disposto no art. 86, I, do Código Penal e no art. 145 da Lei das Execuções Penais, se, durante o cumprimento do benefício, o liberado cometer outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, aguardará a conclusão do novo processo instaurado. 3. A suspensão do livramento condicional não é automática. Pelo contrário, deve ser expressa, por decisão fundamentada, para se aguardar a apuração da nova infração penal cometida durante o período de prova, e, então, se o caso, revogar o benefício. Precedente. 4. Decorrido o prazo do período de prova sem ter

279. Nota-se que a condenação a pena privativa de liberdade (prisão simples), em razão da prática de contravenção penal, não é causa de revogação obrigatória nem facultativa. A omissão do legislador não pode ser suprida pela analogia, que no caso será *in malam partem*.

havido a suspensão cautelar do benefício, tampouco sua revogação, extingue-se a pena privativa de liberdade. Precedentes.”²⁸⁰

“III - Decorrido o período de prova do livramento condicional sem que seja suspenso ou revogado, a pena deve ser extinta, nos termos do art. 90 do Código Penal. IV - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há prorrogação automática do livramento condicional.”²⁸¹

No STJ, a edição da súmula 617 dirimiu qualquer dúvida que pudesse restar sobre a orientação quanto à impossibilidade de se prorrogar automaticamente o livramento condicional:

“A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena.”

Por fim, não se pode confundir *prorrogação* com *suspensão* do livramento condicional. Vejamos:

PRORROGAÇÃO (ART. 89 do CP)	SUSPENSÃO (ART. 145 LEP)
Pressupõe cometimento de crime na vigência do livramento	Pressupõe cometimento de crime na vigência do livramento
Impede o juiz de julgar extinta a pena (prorrogando o período de prova)	Autoriza o juiz a ordenar o recolhimento cautelar do liberado (suspendendo sua vida em liberdade)
Prorroga-se o período de prova até o julgamento definitivo	O recolhimento persiste enquanto necessário, não podendo, obviamente, exceder o prazo previsto para a pena em cumprimento.

É perfeitamente possível o juiz prorrogar o período de prova sem suspender o benefício (permitindo ao liberado aguardar o julgamento em liberdade).

7.4.7. Extinção

Por fim, considera-se **extinta a pena** se até o seu término o livramento não for revogado (art. 90, CP). Explica **Cleber Masson**:

“Cuida-se de sentença meramente declaratória, com eficácia retroativa (*ex tunc*) à data em que se encerrou o período de prova. Destarte, extingue-se a pena privativa de liberdade com o término sem revogação do período de prova, e não com a decisão judicial que se limita a reconhecer o fim da sanção penal”²⁸².

280. STF: HC 119.938/RJ, rel. min. Rosa Weber, j. 03/06/2014.

281. STJ: HC 454.451/SP, rel. min. Felix Fischer, j. 11/09/2018.

282. Ob. cit. p. 784.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 CF/88).

Determina o art. 67 a obrigatória intervenção do Ministério Público na fase da execução da pena e da medida de segurança, fiscalizando e intervindo nos procedimentos judiciais. Dento desse espírito, antes da decretação da extinção da pena, o magistrado deve ouvir o Ministério Público.

Capítulo III

CONCURSO DE CRIMES

Sumário • 1. Conceito; 2. Sistemas de aplicação da pena para o concurso de crimes; 3. Concurso material; 3.1. Condenação a penas de reclusão e detenção; 3.2. Condenação a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos; 3.3. Concurso material e penas restritivas de direitos; 4. Concurso formal; 5. Continuidade delitiva; 5.1. Crime continuado genérico ou comum; 5.2. Crime continuado específico; 6. Questões complementares; 6.1. Concurso de crimes e prescrição; 6.2. Concurso de crimes e suspensão condicional do processo; 6.3. Concurso de crimes e pena de multa; 6.4. Concurso de crimes e Juizados Especiais Criminais; 6.5. Concurso de crimes, prisão preventiva e fiança; 6.6. Concurso de crimes na execução penal.

1. CONCEITO

Dá-se o concurso de crimes quando, por meio de uma ou várias condutas (ação ou omissão), alguém comete dois ou mais crimes. Como bem resume **Bitencourt**:

“O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções. Logicamente que a pena a ser aplicada a quem pratica mais de um crime não pode ser a mesma aplicável a quem comete um único crime. Por isso, foram previstos critérios especiais de aplicação de pena às diferentes espécies de crimes”¹.

Nota-se, portanto, que o concurso de crimes é também um problema de concurso de penas.

Luiz Regis Prado alerta que, na esfera conceitual, as formas de concurso de crimes não devem ser confundidas com unidade e pluralidade de ações:

“Em relação à matéria conceitual, o concurso ideal, real e a continuidade delitiva não devem ser confundidos com *unidade e pluralidade de ação*. Aqueles pertencem ao ‘âmbito das consequências penais, enquanto que os conceitos unidade e pluralidade de ação fazem parte dos tipos (em sentido geral) que determinam a aplicação das consequências jurídicas diferenciadas’.

1. Ob. cit. p. 870.

No desenvolvimento do tema *unidade e pluralidade delitiva*, é preciso solucionar impasse decisivo concernente em se determinar quando há *unidade ou pluralidade de ações*. Sobre essa distinção é que se assenta a divisão do *concursum delictorium* em concurso material (real) e concurso formal (ideal), bem como a imposição de dessemelhantes consequências jurídicas.

A ação humana, como unidade de sentido desde uma perspectiva social, não se reduz a um mero processo causal ou naturalístico e, portanto, não se confunde com movimento corporal ou ato, tanto que uma ação pode integrar-se por um ou vários movimentos corporais.

[...]

Para Welzel, há dois fatores que definem a *unidade de ação*: a) o *fator finalista*, segundo o qual todos os atos humanos dirigidos a um mesmo fim constituem uma única ação; b) *fator normativo* que, como diretriz corretiva, estampa-se na valoração jurídico-penal encerrada nos tipos penais. Estes podem fracionar a atividade final em certos segmentos que constituem, por si só, uma unidade de sentido. Noutro dizer: a unidade de ação jurídico-penal é determinada por ambos os fatores: a proposição de um fim voluntário (fator finalista) e na valoração jurídico-social através dos tipos penais (fator normativo).²

No Código Penal, a matéria está regulada nos arts. 69, 70 e 71, que anunciam as três espécies de concurso: material, formal e continuidade delitiva, respectivamente.

2. SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA PARA O CONCURSO DE CRIMES

Inúmeros são os sistemas lembrados pela doutrina, criados para solucionar o problema da pena no concurso de crimes. Vejamos.

(A) Sistema do cúmulo material. Por intermédio deste sistema, o juiz primeiro individualiza a pena de cada um dos crimes praticados pelo agente, somando todas ao final. Adotamos o cúmulo material no concurso material (art. 69, CP), no concurso formal impróprio (art. 70, *caput*, 2ª parte, CP) e no concurso das penas de multa (art. 72, CP).³

(B) Sistema da exasperação. Neste, o juiz aplica a pena mais grave dentre as cominadas para os vários crimes praticados pelo agente. Em seguida, majora essa pena de um *quantum* anunciado em lei. Adotamos o sistema da exasperação no concurso formal próprio (art. 70, *caput*, 1ª parte, do CP) e continuidade delitiva (art. 71, CP).

2. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, v. 1, p. 697.

3. O Código Penal Militar tratava do concurso material e do concurso formal no mesmo dispositivo (art. 79) e determinava, em ambos os casos, a unificação das penas. Se as penas fossem da mesma espécie, a pena única era resultante da soma de todas; se de espécies diferentes, a pena única era a mais grave, com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves. Atualmente, em decorrência da Lei 14.688/23, o concurso material e o concurso formal são disciplinados, respectivamente, nos artigos 79 e 79-A, com regras idênticas à do Código Penal.

(C) Sistema da absorção. Pelo sistema da absorção, a pena aplicada ao delito mais grave acaba por absorver as demais, que deixam de ser aplicadas. Bem lembra **Cleber Masson**:

“Esse sistema foi consagrado pela jurisprudência em relação aos crimes falimentares praticados pelo falido, sob a égide do Decreto-lei 7.661/1945, em virtude do princípio da unidade ou unicidade dos crimes falimentares. Isso, porém, não impedia o concurso material ou formal entre um crime falimentar e outro delito comum.

Com a entrada em vigor da Lei 11.101/05 (nova Lei de Falências), a situação deve ser mantida, mas ainda não há jurisprudência consolidada sobre o assunto.”⁴

Vamos, agora, estudar as espécies de concurso de crimes.

3. CONCURSO MATERIAL

Previsto no art. 69 o CP, dá-se o concurso material (ou real) quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicando-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.

São **requisitos** do concurso material: **(A)** a pluralidade de condutas; **(B)** a pluralidade de crimes.

Exemplo: JOÃO adentra o estabelecimento comercial e atira em ANTONIO, dono do comércio. Sai em fuga, subtraindo um carro. JOÃO praticou dois crimes: homicídio e furto, em concurso material.

A doutrina classifica essa forma de concurso em:

(i) Homogêneo: quando os crimes resultantes da pluralidade de condutas são da mesma espécie (ex: dois furtos)

(ii) Heterogêneo: quando os crimes são de espécies distintas (ex.: estupro e roubo).

Como já alertado, na **aplicação da pena**, o juiz seguirá o sistema do **cúmulo material**.

Exemplo: JOÃO, menor de 21 anos de idade, depois de furtar o veículo de MARIA, tentou estuprá-la, sendo impedido por terceiros. Vejamos as várias etapas na fixação das penas para os crimes cometidos pelo agente:

4. Ob. cit. p. 716. De fato, a jurisprudência do STJ manteve, em diversos julgados, esse posicionamento (HC 94.632/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013), mas dele ousamos discordar. O princípio da unicidade ou unidade teria aplicação na antiga Lei de Falências, por força do art. 192 do Decreto-Lei 7661/1945, que dizia ser aplicado o concurso formal, mesmo tendo sido praticadas várias condutas. Na Lei antiga, esse princípio somente poderia ser aplicado quando houvesse apenas crimes falimentares. A nova Lei de Falências manda aplicar as regras do Código Penal e, portanto, as disposições de concurso lá existentes, revogando citado princípio.

	FURTO art. 155 do CP, pena de 1 a 4 anos	ESTUPRO Art. 213 do CP, pena de 6 a 10 anos
Art. 68 do CP (cálculo da pena seguindo três fases)	1ª FASE: pena-base em 1 ano (não havendo circunstâncias judiciais relevantes)	1ª FASE: pena-base em 6 anos (não havendo circunstâncias relevantes)
	2ª FASE: pena intermediária em 1 ano (a pena-base fixada no mínimo impede a aplicação da atenuante da menoridade)	2ª FASE: pena intermediária em 6 anos (a pena-base fixada no mínimo impede a aplicação da atenuante da menoridade)
	3ª FASE: pena definitiva em 1 ano (não há causas de aumento ou diminuição de pena)	3ª FASE: pena definitiva em 4 anos (considerando a causa de diminuição de 1/3 em razão da tentativa)
	Pena total a cumprir 1 + 4 anos = 5anos	

3.1. Condenação a penas de reclusão e detenção

Nos termos da parte final do artigo 69 do Código Penal, em caso de aplicação cumulativa de penas de **reclusão e de detenção**, deverá ser executada primeiramente a pena de reclusão.

3.2. Condenação a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos

Quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa (“sursis”), por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição por restritivas de direitos (art. 69, § 1º, do CP). Com razão, leciona **Cleber Masson**:

“O § 1º do art. 69 do CP revela a possibilidade de se acumular, na aplicação das penas de crimes em concurso material, uma pena privativa de liberdade, desde que tenha sido concedido *sursis*, com uma restritiva de direitos. Por lógica, também será admissível a aplicação de pena restritiva de direitos quando ao agente tiver sido imposta pena privativa de liberdade, com regime aberto para seu cumprimento, eis que será possível o cumprimento simultâneo de ambos”⁵.

Assim, de acordo com o que se extrai do art. 69, § 1º, do CP, há a possibilidade de acumular, na aplicação das penas em concurso material de crimes, uma pena privativa de liberdade em que tenha sido concedido o *sursis* com uma restritiva de direitos. O STJ considera, no entanto, que a soma das penas deve respeitar o limite de quatro anos:

“Com relação ao pleito de aplicação da suspensão condicional da pena ou da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no que tange ao crime de porte de arma de fogo, entende esta Corte Superior que, observado o concurso material entre os delitos de tráfico e de porte ilegal de arma de fogo, resta desautorizada quaisquer das benesses supra referidas. Isso porque, embora os referidos delitos, ao serem individualmente considerados, admitam a substituição da pena e o *sursis*, quando conjugados, afastam os benefícios, tendo em

5. Ob. cit. p. 718.

vista que cometidos em concurso material, considerando-se a soma das penas. Precedentes” (HC 197.657/MG, j. 02/02/2016).

Seguindo esse entendimento, poderíamos ter a aplicação simultânea de sursis e restritiva de direitos na seguinte situação: roubo simples tentado com pena diminuída em $2/3 = 1$ ano e 4 meses de reclusão + furto qualificado consumado = 2 anos de reclusão. No caso, caberia sursis para o roubo e restritiva para o furto.

3.3. Concurso material e penas restritivas de direitos

Sendo aplicadas duas penas restritivas de direitos, é possível que o condenado cumpra ambas simultaneamente, desde que sejam compatíveis entre si. Não sendo, deverá cumpri-las sucessivamente (art. 69, §2º, CP).

4. CONCURSO FORMAL

O concurso formal ou ideal está previsto no artigo 70 do Código Penal. Age em concurso formal o sujeito que, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Explica **Rogério Greco**:

“Fundada em razões de política criminal, a regra do concurso formal foi criada a fim de que fosse aplicada em benefício dos agentes que, com a prática de uma única conduta, viessem a produzir dois ou mais resultados também previstos como crime. Segundo a definição de Maggiorè, “concurso formal (*concursum formalis*) é, tipicamente, o realizado pela hipótese de um fato único (ação ou omissão) que viola diversas disposições legais”⁶.

São, portanto, **requisitos** do concurso formal de delitos (A) a unicidade da conduta e (B) a pluralidade de crimes.

Exemplo: JOÃO, conduzindo seu automóvel, com manifesta imprudência, perde o controle de direção do veículo e atropela ANTONIO e MARIA, causando a morte dos pedestres. JOÃO praticou dois homicídios culposos na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), em concurso formal.

Embora se exija conduta única para a configuração dessa espécie de concurso, nada impede que esta mesma conduta seja fracionada em diversos atos, no que se denomina **ação única desdobrada**.

Exemplo: JOÃO ingressa em ônibus coletivo e subtrai, mediante grave ameaça, os pertences pessoais dos passageiros. A conduta permanece única, praticada mediante diversos atos, caracterizando o concurso formal de delitos⁷.

6. Ob. cit. p. 594.

7. Nesse sentido: “Conforme consignado pelo Tribunal a quo, a ação do acusado lesionou objetos e pertences individualizados de duas vítimas, ferindo patrimônios diversos (roubo das armas de fogo da empresa de vigilância, além do roubo dos valores em dinheiro existentes na agência bancária). Dessa forma, praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra

A doutrina classifica essa forma de concurso em:

Homogêneo	os crimes decorrentes da conduta única são da mesma espécie.
Heterogêneo	os crimes são de espécies distintas.
Próprio, perfeito ou normal	o agente, apesar de provocar dois ou mais resultados, não age com desígnios autônomos, isto é, não tem intenção independente em relação a cada crime.
Impróprio, imperfeito ou anormal	o sujeito age com desígnios autônomos. Esta espécie só tem cabimento nos crimes dolosos.

Nota-se que estas classificações não são excludentes. É perfeitamente possível que se verifique um concurso formal próprio ou impróprio e homogêneo ou heterogêneo.

Exemplo 1: JOÃO quer matar ANTONIO, mas percebe que JOSÉ caminha próximo ao alvo humano. Atira, esperando não atingir JOSÉ. As duas vítimas são atingidas, mas somente ANTONIO morre. JOÃO praticou dois crimes em concurso formal heterogêneo (homicídio doloso + lesão corporal culposa) próprio (JOÃO não teve intenção independente em relação a cada crime, pois a lesão foi culposa).

Exemplo 2: JOÃO quer matar ANTONIO, mas percebe que JOSÉ caminha próximo ao alvo humano. Atira, aceitando matar JOSÉ. As duas vítimas são atingidas e morrem. JOÃO praticou dois crimes em concurso formal homogêneo (dois crimes de homicídio doloso) impróprio (JOÃO teve intenção independente em relação a cada crime, sendo a morte de JOSÉ aceita – dolo eventual⁸).

vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos” (STJ – Quinta Turma – AgRg no REsp 1.243.675/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 29/08/2016). Ressaltamos que o fato de serem as vítimas da mesma família não torna o crime único, incidindo, ainda assim, a regra do concurso formal. A este respeito, cf. STJ – Quinta Turma – HC 343.751/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 23/02/2016. Estabelecida a jurisprudência sobre o concurso formal, há decisões tanto no sentido da modalidade própria (a maioria – cf. HC 364.754/SP – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – DJe 10/10/2016; HC 311.722/SP – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 13/06/2016) quanto da imprópria (cf. HC 179.676/SP – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – DJe 19/10/2015).

No entanto, o STJ decidiu que em roubo praticado no interior de ônibus, o fato de a conduta ter ocasionado violação de patrimônios distintos – o da empresa de transporte coletivo e o do cobrador – não descaracteriza a ocorrência de crime único se todos os bens subtraídos estavam na posse do cobrador. É bem verdade que a jurisprudência do STJ e do STF entende que o roubo perpetrado com violação de patrimônios de diferentes vítimas, ainda que em um único evento, configura concurso formal de crimes, e não crime único. Todavia, esse mesmo entendimento não pode ser aplicado ao caso em que os bens subtraídos, embora pertençam a pessoas distintas, estavam sob os cuidados de uma única pessoa, a qual sofreu a grave ameaça ou violência. Precedente citado: HC 204.316-RS, Sexta Turma, DJe 19/9/2011. AgRg no REsp 1.396.144-DF, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), julgado em 23/10/2014.

8. STJ: “O posicionamento pacificado desta Corte é no sentido de que “[o] percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) deve ser aferido em razão do número de delitos praticados, e não à luz do art. 59 do CP [...]” (HC 136.568/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER,

As regras de **aplicação da pena** vão depender do tipo de concurso formal (se perfeito ou imperfeito).

(A) Aplicação da pena no concurso formal perfeito (ou próprio)

No concurso formal perfeito incide o sistema da exasperação: o juiz aplica uma só pena, se idênticas, ou a maior, se diferentes, aumentada de um **sexto até metade**. Quanto maior o número de infrações, maior deve ser o aumento⁹.

Exemplo: JOÃO, reincidente, conduzindo seu veículo em alta velocidade, com manifesta negligência, atropela e mata um casal que atravessava a rua. O juiz deve aplicar a pena de um só homicídio culposo no trânsito (art. 302 do CTB), aumentada de um sexto até metade.

HOMICÍDIO CULPOSO art. 302 do CTB, pena de 2 a 4 anos	Art. 68 do CP (cálculo da pena seguindo três fases) 1ª FASE: pena-base em 2 anos (não havendo circunstâncias judiciais, nem favoráveis, nem desfavoráveis) 2ª FASE: pena intermediária em 2 anos e 4 meses (majorada em 1/6, considerando a agravante da reincidência) 3ª FASE: pena definitiva em 2 anos e 10 meses (exasperada em 1/5 em razão do concurso formal de delitos)
---	--

Não se descarta a hipótese de o sistema da exasperação se revelar prejudicial ao réu. Nesse caso, lembrando que o concurso formal foi criado para beneficiar o agente, deve o magistrado preferir o cúmulo das penas. Trata-se do denominado **concurso material benéfico**, estabelecido no artigo 70, parágrafo único, do Código Penal: “*Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código*”.

Exemplo: JOÃO, com intenção de matar, atira em ANTONIO. Entretanto, JOSÉ, que passava pelo local, também foi atingido. ANTONIO morreu e JOSÉ ficou levemente ferido. Estamos diante de um típico caso de concurso formal heterogêneo perfeito. Se aplicada a regra da exasperação, a pena do crime mais grave (homicídio, reclusão de 6 a 20 anos) será aumentada de 1/6 até a metade. Imagine-se que, diante do caso concreto, o magistrado sentenciante conclua pela fixação da pena mínima (6 anos) majorada também do mínimo (1/6), totalizando 7 anos de prisão. Nesta situação, deverá ser reconhecido o concurso material benéfico, pois fica evidente que a soma das penas mínimas das duas infrações (homicídio e lesão corporal culposa) resulta em pena menor (6 anos e 2 meses de prisão).

DJe de 13/10/2009)” (HC 222.855 – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 11/09/2013). No mesmo sentido, cf. STF Segunda Turma – HC 95415 – Rel. Min. Eros Grau – DJe 20/03/2009.

9. STJ: “Em relação à fração adotada para aumentar a pena em razão do reconhecimento do concurso formal, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, esse aumento tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, no intervalo legal entre as frações de 1/6 e 1/2. No presente caso, tratando-se de sete infrações, a escolha da fração de 1/2 foi correta, não havendo ilegalidade a ser sanada” (HC 475.974/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/02/2019). No mesmo sentido, cf. STF Segunda Turma – HC 95415 – Rel. Min. Eros Grau – DJe 20/03/2009.

(B) Aplicação da pena no concurso formal imperfeito (impróprio)

No concurso formal imperfeito, o agente pratica uma única conduta, entretanto seu objetivo é provocar dois ou mais crimes. Por haver desígnios autônomos, as penas deverão ser **somadas**, aplicando-se a mesma regra do concurso material de delitos.

Ocorre que a expressão *desígnios autônomos* normalmente não é interpretada como sinônimo de *crimes dolosos*, ou seja, na prática, o cometimento de mais de um crime doloso por meio de ação única não é automaticamente encarado como concurso formal impróprio. O fato de ter cometido vários crimes dolosos não significa que o agente tenha atuado com desígnios autônomos em relação a cada um deles. Exemplo disso já foi mencionado linhas acima, em que decisões do STJ aplicam o concurso formal próprio em crimes de roubo cometidos mediante apenas uma ação contra diversas pessoas reunidas.

Isto é contraditório, pois, se há diversos crimes dolosos, não é lógico afirmar que a conduta é movida por apenas um desígnio. Como ensina **Cleber Masson**, desígnio autônomo

“é o propósito de produzir, com uma única conduta, mais de um crime. É fácil concluir, portanto, que o concurso formal perfeito ou próprio ocorre entre crimes culposos, ou então entre um crime doloso e um crime culposo”.¹⁰

Mas a matéria é complexa. Segundo **Zaffaroni e Pierangeli**, o legislador brasileiro construiu

“uma fórmula de difícil compreensão e explicação, como informa a maioria da doutrina (Basileu Garcia, entre outros). Com efeito, se os desígnios são autônomos, não existe unidade de ação, e, consequentemente, um concurso formal.

(...)

A definição de dolo impede considerar ‘desígnios autônomos’ a pluralidade de resultados, ou obriga à consideração de todos os concursos de tipos dolosos da primeira hipótese do art. 70, o que seria absurdo, porque a regra do concurso formal simples ficaria reduzida às hipóteses de concurso entre tipos doloso e culposo. Historicamente, não pairam dúvidas de que o alvo do legislador foi alcançar os casos de pluralidade de resultados morte no homicídio doloso, ou seja, no chamado ‘concurso formal homogêneo’, que sempre constitui uma hipótese de pluralidade de resultados, mas a disposição legal é uma das mais obscuras do código”.¹¹

Em suma, o que se pode dizer a respeito da expressão *desígnios autônomos*, na prática, é que se trata de crimes decorrentes de planos delituosos independentes. É com base nisto que o STJ decide, por exemplo, que há concurso formal próprio entre algumas espécies de crimes patrimoniais e a corrupção de menores tipificada no art. 244-B da Lei

10. Ob. cit., p. 760.

11. Ob. cit., p. 731.

8.069/90: tanto o crime patrimonial quanto o ato de corromper o menor decorrem, no geral, de apenas um plano criminoso:

“É de se observar que, na espécie, para a condenação do delito de corrupção de menores, foi corretamente utilizado o entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que o crime tipificado no art. 244-B da Lei n. 8.069/90 é formal, ou seja, para a sua caracterização não é necessária a prova da efetiva e posterior corrupção do adolescente, bastando a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. Assim, partindo-se dessa premissa, revela-se imprescindível para a aplicação do concurso formal impróprio, a indicação fundamentada de elementos de prova que apontam para a preexistência de intenção do agente em corromper o adolescente na associação para a empreitada criminoso. Portanto, apenas quando efetivamente demonstrada a existência de desígnios autônomos por parte do agente que pratica o crime corrupção de menores será a hipótese de incidência do concurso formal impróprio, devendo as penas dos dois delitos serem aplicadas cumulativamente (segunda parte do art. 70 do Código Penal)”.¹²

Mas ainda assim a contradição não se resolve completamente, pois há casos em que se pode identificar apenas um plano criminoso e, não obstante, as condutas são imputadas em concurso formal impróprio, como normalmente ocorre em latrocínios com pluralidade de vítimas e de patrimônios atingidos.¹³

5. CONTINUIDADE DELITIVA

Verifica-se a continuidade delitiva (ou crime continuado), estampada no art. 71 do CP, quando o sujeito, mediante pluralidade de condutas, realiza uma série de crimes da mesma espécie, guardando entre si um elo de continuidade (em especial, as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução).

Eugênio Raúl **Zaffaroni** e José Henrique **Pierangeli** denominam esta espécie de concurso de “concurso material atenuado” ou “falso crime continuado”, alegando que “onticamente, não é um verdadeiro crime continuado, pelo total predomínio de critérios objetivos”.¹⁴

Na mesma linha de raciocínio, **Juan Carlos Ferré Olivé**, **Miguel Ángel Núñez Paz**, **William Terra de Oliveira** e **Alexis Couto de Brito** esclarecem:

“Ocorre crime continuado quando o sujeito realiza uma série de infrações penais homogêneas (homogeneidade objetiva), guiado

12. HC 375.108/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/03/2017.

13. A propósito, o STJ firmou a orientação de que, atingido apenas um patrimônio, a pluralidade de vítimas da violência não impede o reconhecimento de crime único de latrocínio (AgRg no AREsp 2.119.185/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 13/09/2023).

14. Ob. cit., p. 625.

pela mesma unidade de propósito (homogeneidade subjetiva). Esta construção jurídica é considerada como um único fato punível. Na realidade trata-se de uma hipótese de concurso material, que recebe um tratamento particular face à pena, alterando as regras já expostas acima sobre o concurso de crimes, pois é considerada como uma única infração. Em suas origens, tratava-se de uma construção jurisprudencial que perseguia uma solução *pietatis causa*, para evitar que a acumulação material e penas conduzissem a penas desmedidas (por exemplo, a pena de morte que era aplicada no Antigo Regime ao autor do terceiro furto)¹⁵.

Nota-se, portanto, que o instituto está baseado em razões de **política criminal**¹⁶. O juiz, ao invés de aplicar as penas correspondentes aos vários delitos praticados em continuidade, por ficção jurídica, **para fins da pena**, considera como se um só crime foi praticado pelo agente, devendo ter a sua reprimenda majorada.

A continuidade delitiva divide-se em duas **espécies**: crime continuado genérico e específico. Vejamos cada qual, separadamente.

5.1. Crime continuado genérico ou comum

Previsto no artigo 71, *caput*, do Código Penal, dá-se o crime continuado genérico (ou comum) quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Apresenta os seguintes **requisitos**:

(A) **Pluralidade de condutas**: mais de uma ação ou omissão que implique em vários crimes;

(B) **Pluralidade de crimes da mesma espécie**: aproxima-se do concurso material ao exigir condutas provocando vários crimes. Diferencia-se, no entanto, ao restringir sua aplicação a crimes da mesma espécie.

A orientação dominante considerava crimes da mesma espécie aqueles inseridos no mesmo tipo penal, com exceções pontuais.¹⁷ Atualmente, no entanto, o STJ tem decidido

15. Ob. cit., p. 612.

16. Nesse sentido, ressaltou o STF: “O Direito Penal brasileiro encampou a teoria da ficção jurídica para justificar a natureza do crime continuado (art. 71, do Código Penal). Por força de uma ficção criada por lei, justificada em virtude de razões de política criminal, a norma legal permite a atenuação da pena criminal, ao considerar que as várias ações praticadas pelo sujeito ativo são reunidas e consideradas fictamente como delito único”. (STF – Segunda Turma – HC 91370 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJe 20/06/2008).

17. “Em função da melhor hermenêutica, os crimes descritos nos arts. 168-A e 337-A, apesar de constarem em títulos diferentes no Código Penal e serem, por isso, topograficamente díspares, refletem delitos que guardam estreita relação entre si, portanto cabível o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP). O agente cometeu delitos análogos, descritos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, na administração de empresas diversas, mas de idêntico grupo empresarial,

que tais crimes são aqueles que **protegem o mesmo bem jurídico**, ainda que por meio de tipos penais diversos:

- “1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compreende que, para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), nos termos do art. 71 do Código Penal. Exige-se, ainda, que os delitos sejam da mesma espécie. Para tanto, não é necessário que os fatos sejam capitulados no mesmo tipo penal, sendo suficiente que tutelem o mesmo bem jurídico e sejam perpetrados pelo mesmo modo de execução.
2. Para fins da aplicação do instituto do crime continuado, art. 71 do Código Penal, pode-se afirmar que os delitos de estupro de vulnerável e estupro, descritos nos arts. 217-A e 213 do CP, respectivamente, são crimes da mesma espécie”¹⁸.

Em resumo: crimes da mesma espécie = tutela do mesmo bem jurídico.

Há de se destacar, porém, a existência de crimes que, não obstante tutelem o mesmo bem jurídico, são considerados de espécies distintas pelo STJ, que, em razão disso, impede a incidência da continuidade delitiva:

Roubo e extorsão	Extorsão mediante sequestro e roubo	Roubo e roubo qualificado pelo resultado morte (latrocínio)
“Não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois embora sejam delitos do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que inviabiliza a aplicação da regra contida no art. 71 do Código Penal. Precedentes” (HC 461.794/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07/02/2019).	“Impossível o reconhecimento do nexos de continuidade delitiva entre o roubo e a extorsão mediante sequestro, por serem ações delituosas não homogêneas e de desígnios independentes, revelando-se como clara pluralidade de condutas autônomas” (HC 240.930/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 03/12/2015).	“Os delitos de roubo e latrocínio são de espécies diversas, o que torna impossível o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles. Precedentes” (AgRg no HC 496.986/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 14/05/2019).

durante semelhante período, no mesmo espaço geográfico (cidade de Porto Alegre/RS) e medianamente similar maneira de execução, portanto tem lugar a ficção jurídica do crime continuado (art. 71 do CP).” (STJ – Sexta Turma – REsp 1212911 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 09/04/2012). Atualmente, o tribunal tem afastado a continuidade entre os artigos 168-A e 337-A do CP: “Os delitos de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, previstos, respectivamente, nos arts. 168-A e 337-A do CP, embora sejam do mesmo gênero, são de espécies diversas; obstando a benesse da continuidade delitiva” (AgRg no REsp 1.868.826/CE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 09/02/2021).

18. REsp 1.767.902/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13/12/2018.

(C) Elo de continuidade: é também requisito do crime continuado o elo de continuidade entre as condutas. Esse elo se revela através:

(C.1) Das mesmas condições de tempo: a lei não anuncia qual o hiato temporal máximo que deve existir entre o primeiro e o último delito da cadeia. Como regra geral, a jurisprudência estabelece o período de trinta dias, que, no entanto, pode ser flexibilizado em alguns casos, a depender das circunstâncias:

“O art. 71, caput, do Código Penal não delimita o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva. Esta Corte não admite, porém, a incidência do instituto quando as condutas criminosas foram cometidas em lapso superior a trinta dias”.¹⁹

“Embora para reconhecimento da continuidade delitiva se exija o não distanciamento temporal das condutas, em regra no período não superior a trinta dias, conforme precedentes da Corte, excepcional vinculação entre as condutas permite maior elastério no tempo”.²⁰

Em crimes de natureza tributária, em que, a depender do tributo, os fatos geradores podem ser bastante espaçados, o STF já admitiu a continuidade delitiva em condutas que, no total, foram cometidas durante sete anos.²¹

(C.2) Das mesmas condições de lugar: para a jurisprudência, haverá as mesmas condições de lugar quando os crimes são praticados na mesma comarca (ou em comarcas vizinhas)²².

(C.3) Da mesma maneira de execução (*modus operandi*): como bem alerta **Bitencourt**, a lei exige semelhança e não identidade. A semelhança na maneira de execução se traduz no *modus operandi* de realizar a conduta delitiva. Maneira de execução é o modo, a forma, o estilo de praticar o crime, que, na verdade, é apenas mais um dos requisitos objetivos da continuação criminosa²³.

“Não há continuação delitiva entre roubos sucessivos e autônomos, com ausência de identidade no *modus operandi* dos crimes, uma vez que verificada a diversidade da maneira de execução dos diversos delitos, agindo o recorrido ora sozinho, ora em companhia de comparsas, não se configura a continuidade delitiva, mas sim a habitualidade criminosa”.²⁴

(C.4) Outras circunstâncias semelhantes: abrangendo quaisquer outras circunstâncias das quais se possa concluir pela continuidade.

19. STJ: AgRg no REsp 1.747.139/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/12/2018.

20. STJ: AgRg no REsp 1.345.274/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 20/03/2018.

21. AP 516, Rel. Min. Ayres Britto, j. 27/09/2010.

22. Cf. STJ – Quinta Turma – HC 206.227 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 14/10/2011.

23. Ob. cit., p. 876.

24. AgRg no HC 426.556/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 23/03/2018.

☑ **No crime continuado é indispensável a homogeneidade subjetiva?**

Para **Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**, é imprescindível que os vários crimes resultem de plano previamente elaborado pelo agente:

“Deve existir um dolo unitário ou global, que torne coesas todas as infrações cometidas, por meio da execução de um plano preconcebido (que dá unidade ao dolo). Esta homogeneidade é fundamental para a figura do crime continuado”²⁵.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina discordam:

“A unidade de desígnios: não faz parte dos requisitos do crime continuado. Para nós, acolheu-se a teoria objetiva pura (embora haja polêmica sobre o assunto). De qualquer modo, considerando-se que esse requisito não está expresso na lei, qualquer interpretação em sentido contrário viola a garantia da *lex stricta*”²⁶.

Os Tribunais Superiores, não sem razão, têm adotado a primeira posição (imprescindível para distinguir crime continuado da habitualidade criminosa).

Nesse sentido decidiu o **STJ**:

“Para o reconhecimento do crime continuado, não basta a presença dos requisitos objetivos, sendo indispensáveis, também, os pressupostos subjetivos. Precedentes desta Corte Superior”²⁷.

Verificados os requisitos acima, a **aplicação da pena** se dará conforme o sistema da exasperação: o juiz escolherá qualquer das penas, se idênticas, ou a maior delas, se distintas, **aumentando, na terceira fase da dosimetria da pena, em 1/6 a 2/3**.²⁸ O aumento levará em consideração a quantidade de infrações praticadas:

25. Ob. cit., p. 614.

26. Ob. cit., p. 385.

27. STJ – REsp 1.501.855/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 30/05/2017. O STF possui o mesmo entendimento: “Nos termos da jurisprudência desta Corte, abalizada por parcela da doutrina especializada, são requisitos necessários para caracterização da continuidade delitiva, à luz da teoria objetivo-subjetiva: (a) a pluralidade de condutas; (b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; (c) que os crimes sejam praticados em continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas (mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes); e, por fim, (d) a unidade de desígnios. 4. No caso, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação jurídica idônea no sentido de que ficou comprovado que o paciente agiu movido por desígnios diferentes. Sendo esse o quadro, é inviável proceder ao reexame do suporte probatório que fora levado em consideração para rejeitar a existência do elemento subjetivo. Precedentes” (HC 110.002/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki – DJe 19/12/2014).

28. O art. 80 do Código Penal Militar determinava a unificação (soma) das penas (com possibilidade de diminuição de 1/6 a 1/4) inclusive na continuidade delitiva. O Superior Tribunal Militar, no entanto, vinha decidindo pela aplicação da pena na forma do art. 71 do CP, mais adequada aos casos concretos, em homenagem a princípios como o da proporcionalidade (Apelação 7000335-43.2019.7.00.0000, Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, j. 23/10/2019). Por isso, a Lei 14.688/23 modificou a redação do art. 80 do CPM e a tornou idêntica à do Código Penal.

“A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.”²⁹

Exemplo: JOÃO, maior de 70 anos e portador de maus antecedentes, prevalecendo-se das mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução, pratica cinco furtos.

FURTO art. 155 do CP, pena de 1 a 4 anos	Art. 68 do CP (cálculo da pena seguindo três fases) 1ª FASE: pena-base em 1 ano e 2 meses (fixada acima do mínimo em face dos maus antecedentes de JOÃO)
FURTO art. 155 do CP, pena de 1 a 4 anos	2ª FASE: pena intermediária em 1 ano (atenuada pela idade do agente) 3ª FASE: pena definitiva em 1 ano e 4 meses (exasperada em 1/3 em razão da continuidade delitiva)

5.2. Crime continuado específico

O crime continuado específico está previsto no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal:

“Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”.

A sua redação advém da reforma promovida pela Lei nº 7.209/84, que alterou a parte geral do *Codex*.

A principal característica da continuidade delitiva específica é exigir (ao lado dos requisitos do crime continuado genérico) que os crimes sejam dolosos, com vítimas diferentes, cometidos com violência³⁰ ou grave ameaça à pessoa.

Como adverte **Luiz Régis Prado**:

29. Súmula 659 do STJ. O STJ segue a orientação de que é possível o aumento da pena em dois terços em virtude do número elevado de infrações cometidas, mesmo que não se saiba a exata quantidade: “No crime de estupro de vulnerável, é possível a aplicação da fração máxima de majoração prevista no art. 71, *caput*, do Código Penal, ainda que não haja a delimitação precisa do número de atos sexuais praticados, desde que o longo período de tempo e a recorrência das condutas permita concluir que houve 7 (sete) ou mais repetições” (REsp 2.029.482/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023). O STF segue a mesma orientação (HC 127158/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/06/2015).
30. A violência empregada deve ser real: “Não incide a regra a continuidade delitiva específica nos crimes de estupro praticados com violência presumida” (STJ – Processo em segredo de justiça, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 05/09/2023).

“É indispensável a presença concomitante dos três requisitos específicos assinalados, posto que o contrário implica reconhecimento da continuidade comum, prevista no artigo 71, *caput*, do Código Penal. Admite-se a continuidade delitiva nos delitos culposos, nos crimes tentados ou consumados, comissivos ou omissivos e nas contravenções penais. De acordo com o conteúdo prescrito no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, a continuidade delitiva é aplicável, também, aos delitos que ofendem bens personalíssimos (*v.g.*, vida, integridade corporal, honra), sem nenhuma restrição”.³¹

Diante desses elementos as **regras para a fixação da pena** levam em conta também o **sistema da exasperação**, devendo o juiz, na terceira fase de aplicação da pena, aumentar a pena até o triplo (partindo de 1/6). O critério é semelhante ao do crime continuado comum: considera-se o número de infrações. Mas, tendo em vista que o parágrafo único do art. 71 faz referência expressa à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, aos motivos e às circunstâncias do crime, impõe-se um critério adicional, que é a apreciação das circunstâncias judiciais. A respeito da necessidade de análise mais acurada, destaca-se o seguinte trecho de julgado do STJ:

“Mutatis mutandis, a solução a ser dada para o caso de continuidade delitiva específica deve ser outra, não dispensando a utilização das circunstâncias judiciais, conforme expressamente consignado no dispositivo legal. Em assim sendo, reconhecida a modalidade de concurso de crimes prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos – número de infrações praticadas – e subjetivos – antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime (HC n. 128.297/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 13/10/2009).

No aspecto subjetivo, a mensuração do acréscimo insere-se na órbita de convencimento do magistrado, ou seja, integra o seu poder discricionário de julgar o aumento conveniente ao caso concreto. Porém, como o poder discricionário é limitado, faz-se necessário distinguir o ato judicial deixado à discricionariedade do ato arbitrário, caprichoso ou da mera retórica. Nesse compasso, com o fito de impor parâmetro capaz de assegurar escorreita valoração da culpabilidade, aqui entendida como medida da pena imposta pelo delito, ao tempo em que permite o controle pelas partes da fundamentação adotada e dos elementos concretos utilizados pelo juiz, o legislador infraconstitucional encartou no Código a consideração das circunstâncias judiciais como uma faculdade e um norte dispensado ao Juízo para a fixação de uma pena justa e adequada ao caso concreto. (...)

Destaco, ainda, os ensinamentos de abalizada doutrina sobre o tema:

31. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 270.

Presentes todos os requisitos exigíveis, passa o juiz a ter a faculdade de aplicar, em relação ao réu, não um acréscimo punitivo variável entre um sexto e dois terços, mas, sim, o tresdobro da pena correspondente a um só dos crimes, se idênticas; ou ao mais grave, se diversas. A exarcebação da pena não é contudo, nem automática, nem ilimitada.

Não é automática, porque não basta o preenchimento dos pressupostos legais para que o acréscimo seja de cogente aplicação. O juiz deverá sempre levar em consideração, para efeito de imposição do especial aumento de pena, não apenas o número de infrações praticadas, mas também “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias” que cercaram a realização dos delitos em série continuada. (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 400).³²

O tribunal também já decidiu que, devido à possibilidade de aplicar a pena até o triplo, o reconhecimento da continuidade delitiva específica em recurso não impõe a redução da pena fixada antes em cúmulo material:

“No caso, o agente foi condenado a 30 anos de reclusão, em cúmulo material de dois delitos de homicídio qualificado com decapitação e esquartejamento das vítimas. Em recurso de apelação, foi reconhecido crime continuado, mas sem alteração na pena final, porquanto aplicado o aumento por continuidade delitiva para dobrar a pena de 15 anos, nos termos do art. 71, parágrafo único, in fine, do Código Penal.

Sobre o tema, é pacífica a distinção entre os institutos da continuidade delitiva e da pena-base, a despeito de aparentemente partilharem a necessidade de valoração de vetoriais semelhantes, mesmo porque cada crime permanece independente na cadeia delitiva, tanto que se permite dosimetrias distintas para cada evento.

A distinção entre os referidos institutos - a saber, pena-base e continuidade delitiva - permite, inclusive, a valoração da mesma circunstância fática sob dois aspectos distintos, sem infringência ao princípio do *ne bis in idem*.

Ademais, o reconhecimento da continuidade delitiva não importa na obrigatoriedade de redução da pena definitiva fixada em cúmulo material, porquanto há possibilidade de aumento do delito mais gravoso em até o triplo, conforme o trecho do dispositivo acima citado.

Portanto, mantida a pena definitiva no mesmo montante, modificados somente os institutos penais sem o decote de qualquer vetorial negativa ou causa de aumento, não há de se falar em *reformatio in pejus*.

32. HC 439.471/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/08/2018.

Frise-se, na mesma linha, a manifestação da Procuradoria-Geral da República, para quem ‘não houve nova valoração das circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena, mas apenas o apontamento de elementos concretos para fundamentar o patamar aplicado em razão da continuidade delitiva, nos exatos termos do art. 71, parágrafo único, do Estatuto Repressivo, não havendo cogitar-se de *reformatio in pejus*’.”³³

Manda a lei que se observe a regra do concurso material benéfico e o limite máximo de pena a cumprir no Brasil (40 anos).

☑ Qual lei deve ser aplicada se, no decorrer da prática de um crime continuado, sobrevém lei mais grave?

A Súmula nº 711 do STF, equiparando crime continuado e permanente, anuncia: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

☑ Aplica-se continuidade delitiva em crimes contra a vida?

Na redação primitiva da Parte Geral do Código Penal, o concurso de crimes era tratado em apenas um dispositivo, o art. 51, que disciplinava o crime continuado no § 2º, silente a respeito do *crime continuado específico*. O fato de não haver disposição legal expressa a respeito do crime continuado cometido com violência ou grave ameaça à pessoa contra vítimas diferentes fazia com que os tribunais fossem provocados a decidir se, a despeito do silêncio da lei, esta possibilidade poderia ser admitida.

Após algumas decisões em recursos extraordinários, o STF editou a súmula 605, segundo a qual “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”. Analisando precedentes (como, por exemplo, o RE 91.563/SP, j. 29/02/1980), vemos que a fundamentação residia no fato de que a continuidade não poderia ser aplicada em crimes que atingissem bens jurídicos personalíssimos, que restariam desprotegidos se as diversas condutas fossem resumidas a apenas uma.

Muito embora a argumentação continue válida, a vedação contida na súmula parece não ter mais lugar devido à expressa disposição legal que admite a continuidade delitiva em crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça contra vítimas diferentes. O emprego de violência e de ameaça contra a pessoa atinge a integridade física e a liberdade individual, bens jurídicos sem dúvida personalíssimos. Mas, diante da disposição da lei, não é mais possível invocar a súmula:

“A súmula n. 605 do Supremo Tribunal Federal, que vedava a aplicação da continuidade delitiva aos crimes dolosos contra a vida, não é mais aplicada, haja vista a incompatibilidade do enunciado

33. AgRg no HC 301.882-RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 19/04/2022.

com a atual redação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, reformado pela Lei n. 7.209/1984”.³⁴

☑ **Admite-se, no mesmo contexto fático, crime continuado e concurso formal?**

Suponhamos que no dia 01/01, JOÃO rouba passageiros de um ônibus. No dia 03/01, pratica o mesmo crime, mas agora em outra linha de transportes urbanos da cidade. Por fim, no dia 05/01, mais uma vez, assalta passageiros no interior de um coletivo. Neste caso, cada roubo a ônibus caracteriza o concurso formal e, os três crimes praticados na sequência, valendo-se das mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, configuram a continuidade delitiva.

Como é fixada a pena?

Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina entendem que deve ser desprezado o concurso formal, aplicando-se os vários roubos em continuidade delitiva, evitando *bis in idem*. Neste sentido, o STJ:

“(…) Ademais, conquanto tal matéria de não tenha sido deduzida no bojo da impetração, verifica-se que a Corte Estadual, reformando a sentença condenatória, aplicou a regra do concurso formal em relação aos dois primeiros roubos e, afastando o concurso material, reconheceu a continuidade delitiva destes com o delito praticado contra a vítima que teve seu veículo roubado. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça entende que, ocorrendo na hipótese o concurso formal e a continuidade delitiva, deve o primeiro ser afastado, sendo aplicada na terceira fase da dosimetria apenas o disposto no art. 71 do Código Penal, pela quantidade total de delitos, sob pena de *bis in idem*”.³⁵

Alertamos, no entanto, que o legislador só autorizou ao juiz aplicar uma única causa de aumento dentre as várias cominadas, quando todas estiverem na parte especial (art. 68, parágrafo único, CP³⁶). Não é o nosso caso. Estando as duas na parte geral, o julgador deve considerar os dois aumentos (um do concurso formal e o outro da continuidade delitiva).

É a orientação adotada em julgados do **STF**:

“Se, mediante uma única ação típica de estelionato, atinge o agente três patrimônios diferentes e, dias após, pratica o mesmo delito em

34. REsp 1.588.037/GO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 07/05/2019.

35. HC 441.763/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 07/06/2018. Há, no entanto, decisão em sentido diverso relativa à sonegação de tributos: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a cumulação das causas de aumento de pena da continuidade delitiva e do concurso formal, quando, em delitos fiscais, o sujeito ativo, mediante uma única ação ou omissão, sonega o pagamento de diversos tributos, reiterando a referida conduta ao longo de determinado período, na hipótese, de 01/2000 a 12/2003” (HC 340.877/PE, DJe 24/05/2016).

36. CP. Art. 68, parágrafo único – No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

forma tentada e condições semelhantes contra outras vítimas, tem-se, cumulativamente, os acréscimos do art. 70 (concurso formal) e 71 do CP (crime continuado). Inexistência de bis in idem. Precedentes citados: RE 87674-SP (RTJ 91/935); RE 97330-SP (RTJ 105/407); RE 91114-SP (RTJ 92/1380); e RE 107730-SP (RTJ 118/789) HC 73.821-RJ, rel. Min. Sydney Sanches, 25.06.96”.

☑ **A continuidade delitiva é compatível com o crime permanente?**

Nada impede que alguém cometa crimes permanentes em continuidade delitiva se as condutas são praticadas em contextos fáticos distintos. É nesse sentido a lição de **Nélson Hungria**:

“A permanência é conciliável com o crime continuado. Ter-se-á crime de seqüestro continuado, por exemplo, no caso em que se priva alguém de liberdade, quando a vítima, tendo escapado, é novamente seqüestrada, em condições semelhantes (art. 148)”.³⁷

Outro exemplo pode ser identificado nas condutas do art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, que pune os atos de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. O ato de armazenamento é permanente. É possível que alguém adquira e armazene material pornográfico e, em outro momento, nas mesmas circunstâncias de tempo, local e maneira de execução, adquira e armazene novamente material da mesma natureza envolvendo outras vítimas. Tem-se, no caso, permanência e continuidade delitiva.

Antes de analisarmos questões complementares ao tema concurso de crimes, vamos resumir, com o auxílio de um quadro sinóptico, as semelhanças e diferenças entre as suas espécies:

	Requisitos	Sistema adotado	Aumento
Concurso material	• Pluralidade de condutas • Pluralidade de crimes	Cúmulo material	As penas são somadas
Concurso formal (próprio)	• Unidade de conduta • Pluralidade de crimes	Exasperação	1/6 até 1/2
	Requisitos	Sistema adotado	Aumento
Concurso formal impróprio	• Unidade de conduta • Pluralidade de crimes • Desígnios autônomos	Cúmulo material	As penas são somadas
Crime continuado genérico	• Pluralidade de condutas • Pluralidade de crimes da mesma espécie • Elo de continuidade	Exasperação	1/6 até 2/3

37. Ob. cit., p. 427.

Crime continuado específico	• Os mesmos do continuado genérico • Crimes dolosos • Vítimas diferentes • Violência ou grave ameaça à pessoa	Exasperação	1/6 até 3x
------------------------------------	--	-------------	------------

6. QUESTÕES COMPLEMENTARES

6.1. Concurso de crimes e prescrição

Na análise de causa extintiva de punibilidade, não se considera o concurso de crimes. Anuncia o art. 119 do CP que “a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos crimes, isoladamente”.

6.2. Concurso de crimes e suspensão condicional do processo

A regra do art. 119 do CP (“a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos crimes, isoladamente”) passou a ser invocada por parcela da doutrina para permitir a *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei nº 9.099/95) aos casos de crimes praticados em concurso. Levantando a bandeira da analogia *in bonam partem*, ensinavam que, no concurso material, concurso formal e continuidade delitiva, a análise do requisito objetivo temporal do benefício (pena mínima igual ou inferior a um ano) deve ser feita isoladamente, desconsiderando a soma ou aumento previsto em lei.

Desse modo, se cada crime praticado em continuidade delitiva, por exemplo, tivesse pena mínima igual ou inferior a um ano, possibilitava-se o beneplácito legal. Mas a tese não foi bem recebida pelos tribunais superiores. O STF editou a súmula 723, segundo a qual o crime continuado não admite a suspensão condicional do processo se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano (embora a súmula se refira apenas ao crime continuado, o raciocínio é aplicável às outras espécies de concurso de crimes³⁸). O STJ, por sua vez, editou a súmula 243, que veda a suspensão condicional do processo nas infrações penais cometidas em concurso material, em concurso formal ou em continuidade delitiva quando a pena mínima ultrapassar o limite de um ano, seja pelo somatório, seja pela incidência da exasperação.

38. Nesse sentido: “*Infrações cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva. Suspensão condicional do Processo. Art. 89 da Lei nº 9.099/95. Não aplicação. O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 01 (um) ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto), ultrapassar o limite de um (01) ano.*” (STF – Tribunal Pleno – HC 83163 – Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa – DJe 18/06/2009).

6.3. Concurso de crimes e pena de multa

O art. 72 do CP avisa: “*No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente*”.

Nota-se que a pena de multa não obedece às regras diferenciadas do tratamento dispensado ao concurso de crimes. Para a fixação da multa, portanto, só incide uma regra: aplicação distinta e integral.

Não se descarta doutrina lecionando que essa regra não serve para o crime continuado. Para fins de aplicação de pena, no direito brasileiro, o crime continuado, por ficção jurídica, é considerado crime único. Logo, aplica-se a pena de multa uma única vez.

Nesse sentido vem decidindo o STJ:

“A jurisprudência desta Corte assentou compreensão no sentido de que o art. 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva. Desse modo, a pena pecuniária deve ser aplicada conforme o regramento estabelecido para o crime continuado, e não cumulativamente, como procedeu a Corte de origem”.³⁹

6.4. Concurso de crimes e Juizados Especiais Criminais

O concurso de crimes influencia diretamente na aplicação da pena, devendo ser levado em consideração para fim de **fixação da competência**. Nesse sentido vem decidindo o STJ:

“I – Na linha da jurisprudência desta Corte de Justiça, tratando-se de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, em concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas ao delitos, caso em que, ultrapassado o patamar de 2 (dois) anos, afasta-se a competência do Juizado Especial. Precedentes. II - Na espécie, verifica-se que a recorrente foi acusada de praticar os crimes descritos no art. 138, caput (duas vezes) c/c o art. 141, III, no art. 139 (vinte e cinco vezes) c/c art 141, III, na forma do art. 62 e no art. 140 (seis vezes), c/c o art 141, III, na forma do art. 69 c/c art. 29, caput, todos do Código Penal. As penas de tais delitos, somadas, ultrapassam o limite de 2 (dois) anos, o que afasta a competência dos Juizados Especiais”.⁴⁰

39. AgRg no AREsp 484.057/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/02/2018.

40. RHC 102.381/BA, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09/10/2018.

6.5. Concurso de crimes, prisão preventiva e fiança

O art. 313, inc. I, do CPP dispõe que a prisão preventiva é admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade **máxima superior** a quatro anos.

Já o art. 322 do CPP, ao tratar da concessão de fiança pela autoridade policial, estabelece que isto só é possível nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade **máxima não seja superior** a quatro anos.

Ora, parece evidente que o concurso de delitos deve ser considerado pelas autoridades, nas **duas** situações.

Exemplo: JOÃO, em associação criminosa (art. 288 do CP, punido com 1 a 3 anos), comete um crime de furto simples (art. 155, *caput*, do CP, punido com 1 a 4 anos). Analisados isoladamente, os delitos são passíveis da concessão de fiança pela autoridade policial, bem como fica inviável a decretação da prisão preventiva. Contudo, em decorrência do cúmulo de penas presente no concurso material, a autoridade policial **não** poderá arbitrar fiança (só o juiz), bem como, presentes os fundamentos do art. 312 do CPP, admite-se a prisão preventiva.

6.6. Concurso de crimes na execução penal

Se as regras de aplicação de pena não forem observadas pelo juiz da condenação, nada impede que o juiz da execução as observe, somando as penas (no concurso material e formal impróprio) ou as unificando (no concurso formal próprio e na continuidade delitiva), nos termos do art. 66, III, “a”, da LEP.

Capítulo IV

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Sumário • 1. Conceito, fundamentos e finalidade das medidas de segurança; 2. Princípios informadores das medidas de segurança; 3. Espécies de medida de segurança; 4. Pressupostos da medida de segurança; 5. Aplicação das medidas de segurança; 5.1. Duração da medida de segurança; 5.2. Perícia médica; 6. Desinternação ou liberação condicional; 7. Reinternação do agente; 8. Conversão da pena em medida de segurança; 9. Internação cível; 10. Extinção da punibilidade e medida de segurança; 11. Medida de segurança provisória.

1. CONCEITO, FUNDAMENTOS E FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança é mais um instrumento (ao lado da pena) utilizado pelo Estado na resposta à violação da norma penal incriminadora, pressupondo, no entanto, agente **não imputável**.

Explica **Fernando de Almeida Pedroso**:

“Constitui a medida de segurança, destarte, resposta penal dada aos autores de fatos típicos ilícitos que apresentam distúrbio mental que afeta suas faculdades intelectivas ou volitivas, exurgindo como sanção penal de conotação social protetora e eminentemente preventiva, pois visa, sobretudo, afastar o agente do ilícito típico do convívio social e obstar que ele, por insanidade mental, sem o domínio psicológico de seus atos e, portanto, sem peias ou freios inibitórios que o impeçam de delinquir, venha a reiterar e reproduzir condutas previstas como criminosas.”¹.

Da lição acima, podemos concluir que a medida de segurança, diferentemente da pena, tem **finalidade essencialmente preventiva** (prevenção especial), é dizer, sua missão maior é evitar que o agente (perigoso) volte a delinquir. Volta-se para o futuro (e não para o passado, como faz a pena). Busca atender a segurança social e, principalmente, ao interesse da obtenção da cura daquele a quem é imposta, ou a possibilidade de um tratamento que minimize os efeitos da doença ou perturbação mental².

Não sem razão, alertam **Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito**:

1. Ob. cit., p. 758.

2. Nesse sentido: STJ – HC 113.016/MS.

“Alguns autores consideram que as medidas, diferentemente das penas, não implicam em nenhum castigo, mas simplesmente um tratamento ou uma terapia para o indivíduo. Contudo, acreditamos que não é possível negar o caráter aflictivo das medidas de segurança, porquanto esse tratamento ou essa terapia se impõem coercitivamente e, na maioria dos casos, acompanhados da perda da liberdade ambulatorial (função de assegurar). Estes postulados que apresentam as medidas como soluções benéficas só contribuem para encobrir seu autêntico caráter punitivo”³.

Pena	Medida de segurança
Espécies de sanção penal	
Tríplex finalidade: • Prevenção; • Retribuição; • Ressocialização	Essencialmente preventiva (apesar de não se poder negar, ainda que em menor grau, seu caráter aflictivo)
Volta-se ao passado (fato concreto cometido pelo agente)	Volta-se ao futuro (fato abstrato que o agente poderá cometer). Não se pode castigar quem não escolhe. Não pode castigar o passado, mas quer prevenir o futuro
Trabalha com a culpabilidade o agente	Trabalha com a periculosidade do agente

2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Os **princípios informadores** das penas aplicam-se também às medidas de segurança, mas dois merecem especial destaque:

(A) Princípio da legalidade

Os princípios da reserva legal e da anterioridade são aplicáveis à medida de segurança. Assim, não prevalece o entendimento de que, em face do caráter assistencial ou curativo da sanção, mostra-se desnecessária a observância de tais postulados. Explica **Bitencourt**:

“Não resta a menor dúvida quanto à submissão das medidas de segurança ao princípio da reserva legal, insculpido nos arts. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal, referentes ao crime e à pena. Todo cidadão tem o direito de saber antecipadamente a natureza e duração das sanções penais – pena e medida de segurança – a que estará sujeito se violar a ordem jurídico-penal, ou, em outros termos, vige também o princípio da anterioridade legal, nas medidas de segurança.

A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota. Consubstanciam formas

3. Ob. cit., p. 684. Da citada lição devemos apenas observar – e logo o tema será por nós aprofundado – que a maioria dos casos não deve implicar perda da liberdade do sentenciado, prevalecendo política antimanicomial, ou seja, o tratamento ambulatorial deve ser a regra e a internação medida excepcional.

de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena, examinados em capítulo próprio, regem também as medidas de segurança.”⁴.

(B) Princípio da proporcionalidade

Diferentemente das penas, o magistrado, na determinação da medida de segurança (e sua duração), não observa a gravidade do fato (apenas), mas, especialmente, o grau de periculosidade do agente. Esse raciocínio é indicado diante da missão dessa espécie de sanção penal.

3. ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA

Nos termos do art. 96 do CP, a medida de segurança pode ser de duas espécies: **detentiva** ou **restritiva**.

A **medida de segurança detentiva** (art. 96, I, CP) representa a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Por sua vez, a **medida de segurança restritiva** (art. 96, II, CP) corresponde ao tratamento ambulatorial.

A Resolução 487/23 do CNJ, contudo, **proíbe a internação em instituição de caráter asilar** como os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e estabelecimentos congêneres, como hospitais psiquiátricos (arts. 3º, VIII e 13, § 1º). Segundo a norma, a medida de segurança deve ser cumprida em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado por um centro da Rede de Atenção Psicossocial.

Conforme o art. 97, *caput*, do CP, se o fato for punido com reclusão, o juiz determinará, obrigatoriamente, a internação. Todavia, se o fato for punido com detenção, o juiz poderá optar entre a internação e o tratamento ambulatorial. Nota-se que, entre as duas espécies de medidas de segurança, o mandamento legal leva em consideração apenas a **gravidade da infração** (e não a periculosidade do agente). Ignora, portanto, o princípio da proporcionalidade.

Guilherme de Souza Nucci, criticando o dispositivo, afirma que:

“Esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas”⁵.

No mesmo sentido, esclarece **Rogério Greco**:

“É importante ressaltar que a classe médica, há alguns anos, vem se mobilizando no sentido de evitar a internação dos pacientes portadores de doença mental, somente procedendo a internação dos casos reputados mais graves quando o convívio do doente com os seus familiares ou com a própria sociedade torna-se perigoso para estes

4. Ob. cit., p. 941.

5. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 563.

e para ele próprio. Em virtude desse raciocínio, surgiu em nosso ordenamento jurídico a Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental”⁶.

Tendo isso em consideração, a Terceira Seção do STJ firmou a orientação de que o fator determinante para a imposição de medida de segurança não é a natureza da pena que seria imposta ao imputável, mas sim o nível de periculosidade do inimputável. Se o exame que conclui pela inimputabilidade estabelece que não há um elevado grau de periculosidade, a medida de segurança restritiva é suficiente, ainda que o fato seja punido com reclusão:

“4. Hipótese em que se verifica posicionamento dissonante entre as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte quanto ao direito federal aplicável (art. 97 do CP. “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”). 5. A doutrina brasileira majoritariamente tem se manifestado acerca da injustiça da referida norma, por padronizar a aplicação da sanção penal, impondo ao condenado, independentemente de sua periculosidade, medida de segurança de internação em hospital de custódia, em razão de o fato previsto como crime ser punível com reclusão. 6. Para uma melhor exegese do art. 97 do CP, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável. 7. Deve prevalecer o entendimento firmado no acórdão embargado, no sentido de que, em se tratando de delito punível com reclusão, é facultado ao magistrado a escolha do tratamento mais adequado ao inimputável, nos termos do art. 97 do Código Penal”.⁷

Não se pode ignorar, contudo, a tendência atual de sempre evitar a internação. Já em 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 113, que em seu artigo 17 dispõe: “O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001”. Na Resolução 487/23, a excepcionalidade da internação é ainda mais destacada. A norma institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei 10.216/01, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança⁸. Entre os princípios e diretrizes, destacam-se os seguintes:

6. Ob. cit., p. 673.

7. EREsp 998.128/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 27/11/2019.

8. Não obstante a boa intenção na edição da norma que busca evitar tratamentos degradantes aos inimputáveis, a nosso ver o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) exorbitou o poder regulamentar que lhe é conferido. As resoluções editadas por aquele órgão não se confundem com as leis em sentido

- a) a adoção de política antimanicomial na execução de medida de segurança;
- b) interesse exclusivo do tratamento em benefício à saúde, com vistas ao suporte e reabilitação psicossocial por meio da inclusão social, a partir da reconstrução de laços e de referências familiares e comunitárias, da valorização e do fortalecimento das habilidades da pessoa e do acesso à proteção social, à renda, ao trabalho e ao tratamento de saúde (isso reforça a ideia do caráter terapêutico da medida de segurança);
- c) o direito à saúde integral, **privilegiando-se o cuidado em ambiente terapêutico em estabelecimentos de saúde de caráter não asilar**, pelos meios menos invasivos possíveis, com vedação de métodos de contenção física, mecânica ou farmacológica desproporcional ou prolongada, excessiva medicalização, impedimento de acesso a tratamento ou medicação, isolamento compulsório, alojamento em ambiente impróprio e eletroconvulsoterapia em desacordo com os protocolos médicos e as normativas de direitos humanos;
- d) a internação fundada exclusivamente em razões clínicas de saúde, privilegiando-se a avaliação multiprofissional de cada caso, pelo período estritamente necessário à estabilização do quadro de saúde e apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, vedada a internação em instituição de caráter asilar, como os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e estabelecimentos congêneres.

Por expressa disposição do art. 13 da Resolução 487/23, a medida de internação tem caráter **absolutamente excepcional**, quando não cabíveis ou suficientes outras medidas cautelares diversas da prisão e quando compreendidas como recurso terapêutico momentaneamente adequado no âmbito do conjunto de propostas de condutas terapêuticas articuladas para aquele indivíduo, enquanto necessárias ao restabelecimento da saúde da pessoa, desde que prescritas por equipe de saúde da Rede de Atenção Psicossocial.

Como já destacamos, a internação deve ser cumprida em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado por um centro da Rede de Atenção Psicossocial, cabendo ao Poder Judiciário atuar para que **nenhuma pessoa com transtorno mental seja colocada ou mantida em unidade prisional, ainda que em enfermaria,**⁹ ou seja submetida à internação em instituições com características asi-

formal, pois não podem modificar a ordem jurídica vigente, devendo se restringir a interpretá-la com finalidade executório-administrativa, nunca com força de intervir na atividade jurisdicional ou de criar direitos, obrigações ou restrições para agentes não integrantes do Poder Judiciário. O STF, quando do julgamento da ADI 4145/DF, que versava sobre a inconstitucionalidade de resolução do CNJ que tratava de interceptações telefônicas, alertou: "Se não estabelecermos essa distinção [entre lei e resolução], o CNJ assim como o CNMP poderá regulamentar tudo, deter o poder normativo não só para regulamentar o que for necessário para o bom exercício das suas competências constitucionais, mas poderão legislar processualmente. Vamos possibilitar que amanhã o CNJ possa regulamentar "busca e apreensão", possa regulamentar "invasão domiciliar", possa regulamentar procedimentos criminais. Mesmo que regule mais modernamente e melhor do que existe hoje, isso não é função constitucional do CNJ, é função do Congresso Nacional."

9. Há muito o STJ decidiu que essa prática é vedada: "O inimputável submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não poderá cumpri-la em

lares, assim entendidas aquelas sem condições de proporcionar assistência integral à saúde da pessoa ou de possibilitar o exercício dos direitos previstos no art. 2º da Lei 10.216/01 (art. 13, § 1º).

A internação deve cessar quando, a critério da equipe de saúde multidisciplinar, restar demonstrada a sua desnecessidade como recurso terapêutico. Nesse caso, comunicada a alta hospitalar à autoridade judicial, o acompanhamento psicossocial poderá continuar nos demais dispositivos da Rede de Atenção Psicossocial, em meio aberto (art. 13, § 2º).

4. PRESSUPOSTOS DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A **prática de fato previsto como crime** (leia-se, fato típico, não alcançado por causa excludente da ilicitude) aparece como primeiro pressuposto da medida de segurança¹⁰. No Brasil, portanto, as medidas são sempre pós-delituais, vedadas as pré-delituais.

O segundo pressuposto é a **periculosidade do agente**, indicando sua maior ou menor inclinação para o crime. Atestada a periculosidade, duas situações se mostram possíveis:

(A) Concluindo a perícia que o réu, além de portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, deve ser reconhecida a inimputabilidade (art. 26, *caput*, do CP). Respeitado o devido processo legal, o inimputável será absolvido com imposição de medida de segurança (absolvição imprópria);

(B) Se a conclusão dos expertos for de que o agente, além de portador de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era, ao tempo do fato, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, deve ser reconhecida a semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, do CP). Depois de processado, deve ser condenado, decidindo o juiz se impõe pena, diminuída de 1/3 a 2/3 (art. 98 do CP)¹¹, ou medida de segurança (esta quando demonstrada a sua **necessidade**).

estabelecimento prisional comum, ainda que sob a justificativa de ausência de vagas ou falta de recursos estatais. Isso porque não pode o paciente ser submetido a situação mais gravosa do que aquela definida judicialmente” (HC 231.124, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/04/2013).

10. Admite-se a imposição de medida de segurança decorrente da prática de **contravenção penal**, tendo em vista que, apesar de a Lei de Contravenções Penais não dispor sobre o tema, o artigo 12 do Código Penal preceitua serem aplicáveis as suas regras gerais quando a legislação especial for omissa.
11. Abolido o sistema do **duplo binário ou dos dois trilhos**, é defeso ao juiz aplicar, cumulativa e sucessivamente, medida de segurança e pena para o semi-imputável. Vigê, com a reforma de 1984, o **sistema vicariante ou unitário**, obrigando o juiz impor uma ou outra espécie de sanção, fundamentando sua decisão. Note-se, todavia, que o STJ já decidiu que se durante a execução de determinada pena o agente é submetido a medida de segurança em decorrência de outro fato, não é obrigatória a substituição da pena por medida de segurança, pois, derivada de fatos diversos, a execução paralela de ambas as sanções penais não ofende o sistema vicariante: “Durante o cumprimento de pena privativa de liberdade, o fato de ter sido imposta ao réu, em outra ação penal, medida de segurança referente a fato diverso não impõe a conversão da pena privativa de liberdade que estava sendo

Em síntese:

Doença Mental Inimputável (art. 26, caput)	Perturbação Mental Semi-imputável (art. 26, parágrafo único)
Periculosidade presumida.	Periculosidade deve ser comprovada.
Absolvição imprópria: ao mesmo tempo em que absolve, o juiz aplica medida de segurança.	Há condenação . Na imposição da sanção da penal, o juiz escolhe: • Pena diminuída • Medida de segurança, quando comprovada a necessidade

5. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

5.1. Duração da medida de segurança

A internação ou tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos, diretamente proporcional à gravidade da anomalia mental do sentenciado (art. 97, §1º, CP).

Percebe-se que o legislador pátrio, partindo da premissa de que a medida de segurança tem propósito curativo e terapêutico, estipulou somente prazo mínimo (de 1 a 3 anos)¹², perdurando a sanção até a cessação da periculosidade do agente.

Essa opção legislativa, no entanto, tem sido alvo de críticas. A doutrina e a jurisprudência no geral argumentam que a indeterminação do prazo de duração da medida de segurança é incompatível com a Carta Magna, que proíbe sanção de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”, CF/88).

Uma primeira corrente sugere, então, que o tempo de cumprimento da medida de segurança não ultrapasse o máximo permitido para as penas privativas de liberdade (atualmente, quarenta anos, segundo a redação dada ao art. 75 do CP pela Lei 13.964/19 – Pacote Anticrime)¹³.

executada em medida de segurança. Inicialmente, convém apontar que o sistema vicariante afastou a imposição cumulativa ou sucessiva de pena e medida de segurança, uma vez que a aplicação conjunta ofenderia o princípio do *ne bis in idem*, já que o mesmo indivíduo suportaria duas consequências em razão do mesmo fato. No caso em análise, evidencia-se que cada reprimenda imposta corresponde a um fato distinto. Portanto, não há que se falar em ofensa ao sistema vicariante, porquanto a medida de segurança refere-se a um fato específico e a aplicação da pena privativa de liberdade correlaciona-se a outro fato e delito. Decisão monocrática citada: HC 137.547-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 1º/2/2013” (HC 275.635/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 15/3/2016).

12. Importante atentar para o fato de que o artigo 42 do Código Penal dispõe ser possível a **detração** nas medidas de segurança, o que pode influir no prazo mínimo da sanção.

13. STF – Primeira Turma – HC 107432 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJe 09/06/2011.

Para outra, o tempo de cumprimento da medida de segurança não deve suplantiar o limite máximo da pena cominada ao fato previsto como crime praticado pelo inimputável¹⁴.

5.2. Perícia médica

No prazo mínimo fixado pelo juiz, será realizada perícia médica para a verificação da cessação ou permanência da situação de periculosidade do agente. Com efeito, nos termos da Lei de Execução Penal, um mês antes de expirar o prazo mínimo, deverá a autoridade administrativa remeter ao juiz relatório instruído que lhe permita decidir pela revogação ou manutenção da medida (art. 175, LEP).

A avaliação deverá ser repetida de ano em ano (art. 97, §2º, CP), porém nada obsta que o juiz a faça a qualquer tempo (antes do prazo mínimo fixado, art. 176, LEP)¹⁵.

Note-se, contudo, que o art. 12, § 5º, da Resolução 487/23 do CNJ dispõe que o juiz deve avaliar a possibilidade de extinção da medida de segurança, no mínimo, anualmente, ou a qualquer tempo, por requerimento da defesa ou quando indicada pela equipe de saúde que acompanha o paciente, não estando condicionada ao término do tratamento em saúde mental.

O art. 13, § 3º, da Resolução 487/23 **recomenda** à autoridade judicial a interlocução constante com a equipe do estabelecimento de saúde que acompanha a pessoa, para que sejam realizadas avaliações biopsicossociais a cada **trinta dias**, a fim de se verificar as possibilidades de reversão do tratamento para modalidades em liberdade ou mesmo para sua extinção.

Pode também requerer a realização (antecipação) do exame o Ministério Público.

Anote-se, por fim, que a Lei de Execução Penal autoriza a contratação de médico particular para o acompanhamento da execução da medida de segurança. Caso haja divergência entre as opiniões técnicas, decidirá a controvérsia o juiz da execução (art. 43, LEP).

6. DESINTERNAÇÃO OU LIBERAÇÃO CONDICIONAL

Averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade do paciente, dispõe o § 3º do art. 97 do CP que a *desinternação* (quando se tratar de medida detentiva) ou a *liberação* (quando se tratar de tratamento ambulatorial) será concedida a título de ensaio, pelo juiz da execução, por um período de um ano. Durante esse prazo, pode ser revogada a qualquer tempo, caso pratique o agente fato indicativo de persistência de sua

14. Súmula nº 527 do STJ. Há também decisão do STF neste sentido: “O prazo mínimo de cumprimento de medida de segurança deve ser fixada entre um e três anos, na forma do artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal. III – O período não poderá ultrapassar a pena máxima cominada abstratamente ao tipo penal infringido, sob pena de violação a princípios constitucionais” (RE 640135 AgR – Rel. Min. Luiz Fux – Dje 12/12/2012).

15. Devemos notar que o que permitiu a lei foi a **antecipação** das avaliações, mas nunca o seu retardamento. Sabendo que a medida de segurança não tem como objetivo a punição do agente, mas sim a sua cura, nada mais correto que poder antecipar o referido exame assim que presentes indícios de cessação da sua periculosidade.

periculosidade (não necessariamente crime), aconselhando, assim, a continuidade da internação.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido a **desinternação progressiva**, consistente na passagem da internação para o tratamento ambulatorial antes da definitiva liberação do paciente. Os julgados têm se apoiado no artigo 5º da Lei nº 10.216/2001¹⁶. Nesse sentido:

“A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação.”¹⁷.

7. REINTERNAÇÃO DO AGENTE

Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos (art. 97, §4º, CP), levando em conta os pareceres das equipes multiprofissionais que prestam o atendimento (art. 11, parágrafo único, da Resolução 487/23 do CNJ). Alerta a doutrina não se tratar de regressão (medida punitiva), mas sim instrumento para a eficaz cura. Esclarecendo a finalidade da reintegração, explica **Rogério Greco**:

“Pode acontecer que o agente, após a sua desinternação – tendo iniciado o tratamento ambulatorial, ou mesmo na hipótese de ter sido esse tratamento o escolhido para o início do cumprimento da medida de segurança –, demonstre que a medida não está sendo suficientemente eficaz para a sua cura, razão pela qual poderá o juiz da execução determinar, fundamentadamente, a internação do agente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou outro local com dependências médicas adequadas.”¹⁸.

8. CONVERSÃO DA PENA EM MEDIDA DE SEGURANÇA

Agente imputável na época dos fatos deve cumprir pena; o inimputável, medida de segurança; já em se tratando de semi-imputável, pena (diminuída) ou medida de segurança, dependendo do caso concreto.

16. Lei nº 10.216/2001. Art. 5º. *O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.*

17. STF – Segunda Turma – HC 97621 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 26/06/2009. Em decisão posterior, cf. STF – Segunda Turma – HC 107777 – Rel. Min. Ayres Britto – DJe 16/04/2012. No âmbito do STJ, vide: Quinta Turma – HC 130.159 – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 05/10/2009.

18. Ob. cit., p. 678.

Em síntese:

Data dos Fatos	Consequência Jurídica
Agente imputável	Pena
Agente inimputável	Medida de segurança
Agente semi-imputável	Pena ou medida de segurança (sistema vicariante)

✓ E no caso de agente capaz na data da conduta, mas que desenvolve anomalia psíquica no curso da execução da pena (superveniência de doença mental)?

Dois dispositivos tratam do assunto: arts. 108¹⁹ e 183²⁰, ambos da LEP.

Analisando o caso concreto, o juiz da execução optará entre uma simples internação para tratamento e cura de doença passageira, hipótese em que o tempo de tratamento é considerado como pena cumprida, ou a substituição da pena privativa de liberdade em medida de segurança em se tratando de anomalia não passageira, seguindo, no caso, os ditames dos arts. 96 e ss. do CP.

Art. 108 da LEP	Art. 183 da LEP
Aplicável no caso de anomalia passageira	Aplicável no caso de anomalia não passageira
A medida de segurança é reversível	A medida de segurança é irreversível
O tempo de internação é computado como de cumprimento de pena (deve observar o prazo da pena corporal imposta)	O tempo de internação não é computado como de cumprimento de pena, seguindo as regras dos arts. 96 e ss. do CP
Transcorrido o prazo de duração da pena sem o restabelecimento do internado, a pena deve ser considerada extinta pelo seu cumprimento.	Deve o juiz fixar prazo mínimo de internação, variando de 1 a 3 anos (art. 97, § 1º, CP).

O art. 15 da Resolução 487/23 do CNJ dispõe que, no caso em que a pessoa submetida ao cumprimento de pena necessitar de tratamento em saúde mental, a autoridade judicial avaliará a necessidade e adequação da prisão em vigor ante a demanda de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Rede de Atenção Psicossocial, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a defesa.

A problemática, no caso da substituição sugerida pelo art. 183 da LEP, reside na duração da medida. Encontramos diversos posicionamentos na doutrina e na jurisprudência:

(A) Com fundamento no art. 97, § 1º, do CP, tem duração indefinida (até que pericia demonstre a cessação da periculosidade do agente);

19. Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.
20. Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

(B) Com fundamento no art. 75 do CP, tem duração máxima de 40 anos (limite máximo para o cumprimento da pena privativa de liberdade);

(C) Tem a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída;

(D) Está limitada ao máximo da pena abstratamente prevista para o crime.

O STJ segue a terceira orientação:

“Em se tratando de medida de segurança aplicada em substituição à pena corporal, prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, sua duração está adstrita ao tempo que resta para o cumprimento da pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória. Precedentes desta Corte.”²¹

O mesmo raciocínio é defendido por **Cezar Roberto Bitencourt**:

“Tanto na hipótese anterior, de *réu semi-imputável*, como nesta, de *superveniência de doença mental*, a medida de segurança não poderá ter duração superior ao correspondente à pena substituída. Como tivemos oportunidade de afirmar, ‘na hipótese de, ao esgotar-se o prazo inicialmente fixado na condenação, o paciente não se encontrar recuperado, e não podendo ser liberado, em razão de seu estado de saúde mental, deverá, obrigatoriamente, ser colocado à disposição do juízo cível competente’²².”

9. INTERNAÇÃO CÍVEL

Adotando-se a tese de que a sanção penal da medida de segurança não pode ter prazo indeterminado, exigindo um limite máximo de cumprimento (para uns, 40 anos; para outros, da pena máxima em abstrato cominada ao delito), surge a seguinte questão:

☒ **O que fazer quando escoado o limite de internação e a periculosidade do agente persistir?**

Deve-se buscar, perante o juízo cível, a internação do agente, a ser promovida sob os postulados estabelecidos na Lei nº 10.216/01, que disciplina as formas de internação.

10. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E MEDIDA DE SEGURANÇA

Extinta a punibilidade do agente, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (art. 96, parágrafo único, CP)²³.

21. HC 373.405/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21/10/2016.

22. Ob. cit., p. 949.

23. É possível, segundo o STF, a extinção da punibilidade pela concessão de indulto a agente submetido a medida de segurança. De acordo com aquele Tribunal, “a competência privativa do presidente da República prevista no art. 84, XII, da CF abrange a medida de segurança, espécie de sanção penal, inexistindo restrição à concessão de indulto. Embora não seja pena em sentido estrito, é medida

Quando a lei manda respeitar as causas extintivas da punibilidade nas medidas de segurança, obviamente está abrangendo todas as formas de aniquilamento do poder punitivo do Estado, inclusive a prescrição.

Aliás, no que tange à prescrição, o tema merece ser aprofundado. A doutrina e a jurisprudência reconhecem perfeitamente possível a prescrição da pretensão **punitiva**, seja para o inimputável, seja para o semi-imputável, sempre regulada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido, sem qualquer exceção à regra já prevista quando do estudo desta causa extintiva da punibilidade.

Discute-se, no entanto, a possibilidade de aplicação da prescrição da pretensão **executória**. Neste particular, lembremos que o inimputável é absolvido, não sofre pena, mas deve cumprir medida de segurança; já o semi-imputável é condenado, sofrendo pena, a qual deve ser diminuída ou substituída por medida de segurança.

Parece evidente que, no caso do semi-imputável, a prescrição da pretensão executória, ainda que a opção seja submetê-lo ao cumprimento de medida de segurança, é regulada pela pena fixada na decisão condenatória.

No que toca ao inimputável, a sentença absolutória imprópria fixa apenas prazo mínimo para a medida, o que dificulta adoção de um *quantum* a partir do qual se possa computar o prazo prescricional.

Três correntes apontam uma alternativa, não sendo possível fixar qualquer delas como consolidada:

1ª corrente: em se tratando de inimputável, por ausência de pena fixada na sentença, não se aplica o instituto da prescrição da pretensão executória.

2ª corrente: aplica-se a prescrição da pretensão executória, calculada sobre a pena máxima abstratamente cominada ao delito. Nesse sentido já decidiu a 1ª Turma do **STF**:

“A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. Precedentes: HC 107.432/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/5/2011; HC 97.621/RS, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em 2/6/2009.”²⁴.

de natureza penal e ajusta-se ao preceito, cuja interpretação deveria ser ontológica. Lembrou o HC 84.219/SP (DJU de 23.9.2005), em que o período máximo da medida de segurança fora limitado a 30 anos, mediante interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75 e 97 do CP e 183 da LEP. Fora reconhecida, na ocasião, a feição penal da medida de segurança, a implicar restrição coercitiva da liberdade” (RE 628.658/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26/11/2015).

24. STF – Primeira Turma – RHC 100383 – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 04/11/2011. Essa corrente ganha força com a edição da Súmula 527 do STJ (O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado).

Esta corrente é reforçada pela edição da súmula nº 527 pelo STJ.

3ª corrente: a prescrição da pretensão executória será regulada pela duração máxima da medida de segurança, 40 (quarenta) anos. Também presente no **STF**, porém na sua 2ª Turma, eis os argumentos desta corrente:

“As medidas de segurança se submetem ao regime ordinariamente normado da prescrição penal. Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta anos (no caso da prescrição da pretensão executória). Prazos prescricionais, esses, aos quais se aplicam, por lógico, os termos iniciais e marcos interruptivos e suspensivos dispostos no Código Penal. 2. Não se pode falar em transcurso do prazo prescricional durante o período de cumprimento da medida de segurança. Prazo, a toda evidência, interrompido com o início da submissão do paciente ao “tratamento” psiquiátrico forense (inciso V do art. 117 do Código Penal). 3. No julgamento do HC 97.621, da relatoria do ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu cabível a adoção da desinternação progressiva de que trata a Lei 10.261/2001. Mesmo equacionamento jurídico dado pela Primeira Turma, ao julgar o HC 98.360, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, e, mais recentemente, o RHC 100.383, da relatoria do ministro Luiz Fux.”²⁵

Medida de segurança imposta ao semi-imputável	Medida de segurança imposta ao inimputável
Condenação a) Pena reduzida; ou b) Substituída por MS	Absolvição imprópria a) Medida de segurança
Cabe prescrição da pretensão: a) Punitiva com base na pena máxima em abstrato b) Executória com base na pena em concreto substituída por medida de segurança	Cabe prescrição da pretensão: a) Punitiva com base na pena máxima em abstrato b) Executória (?): depende da corrente adotada

11. MEDIDA DE SEGURANÇA PROVISÓRIA

Em compasso com o artigo 80 do Código Penal, permitia o artigo 378 do Código de Processo Penal a decretação da medida de segurança provisória, submetendo os inimputáveis, ébrios e toxicômanos à internação ainda que de decretada de ofício e durante a fase inquisitorial.

25. STF – Segunda Turma – HC 107777 – Rel. Min. Ayres Britto – Dje 16/04/2012.

A superveniência da Lei nº 7.209/1984, que reformulou a parte geral do Código Penal, levou doutrina e jurisprudência à conclusão de que o dispositivo processual havia sido revogado tacitamente, uma vez que o artigo 80 não encontrara correspondente legal após a reforma. Assentou-se, então, o entendimento de que era incabível a medida de segurança provisória.

Contudo, a Lei nº 12.403/2011 inseriu no artigo 319, VII, do Código de Processo Penal a **internação provisória** como uma das medidas cautelares de natureza diversa da prisão cautelar. Tal medida é cabível quando o crime tiver sido praticado com violência ou grave ameaça e houver perícia²⁶ confirmando a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, constatando-se também haver risco de reiteração.

Sobre a mudança, **Renato Brasileiro de Lima** assevera:

“a internação provisória será aplicável ao imputável ou semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver risco de reiteração, o que demonstra que essa medida deve ser aplicada com a finalidade de proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves”²⁷.

Concluindo, em seguida, que a **medida jamais pode ser aplicada como medida de segurança provisória**, mas sim como **instrumento de natureza cautelar destinado à tutela da garantia da ordem pública**, para evitar a prática de novas infrações penais com violência ou grave ameaça.

Note-se que a Resolução 487/23 do CNJ contém regras específicas para a situação de flagrância em que há indícios de transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial.

Inicialmente, na audiência de custódia, ouvidos o Ministério Público e a defesa, a autoridade judicial deve encaminhar o indivíduo para atendimento voluntário na Rede de Atenção Psicossocial. Se a pessoa apresentada à audiência de custódia está em situação de crise em saúde mental e sem condições de participar do ato, a autoridade judicial deve solicitar tentativas de manejo de crise pela equipe qualificada, depois de ouvidos o Ministério Público e a defesa. O manejo de crise consiste no imediato acionamento de equipe de saúde da Rede de Atenção Psicossocial para a tomada de medidas emergenciais e referenciamento do paciente ao serviço de saúde, além da realização de ações de escuta, compreensão da condição pessoal, produção imediata de consensos possíveis, mediação entre a pessoa e as demais presentes no ambiente e a restauração do diálogo, bem como, o quanto antes, a identificação dos fatores que possivelmente desencadearam a crise. Caso isso se revele infrutífero, a autoridade judicial deve realizar o encaminhamento da pessoa para atendimento em saúde por meio do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu) ou outros serviços da Rede de Atenção Psicossocial.

26. Tendo a lei condicionando a internação provisória à avaliação pericial, haverá necessidade de instauração de incidente de insanidade mental, nos termos do art. 149, CPP.

27. *Manual de Processo Penal*. Vol. I. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 1448.

Na audiência, não sendo o caso de relaxar a prisão em flagrante, a autoridade judicial deve avaliar a necessidade e adequação de eventual medida cautelar, consideradas as condições de saúde da pessoa apresentada e evitando a imposição de:

I – medida que dificulte o acesso ou a continuidade do melhor tratamento disponível, ou que apresente exigências incompatíveis ou de difícil cumprimento diante do quadro de saúde apresentado;

II – medidas concomitantes que se revelem incompatíveis com a rotina de acompanhamento na rede de saúde.

Deve ser priorizada a adoção de instrumentos distintos do monitoramento eletrônico, sem que isso enseje a aplicação de medidas que obstem o tratamento em liberdade. Mesmo cautelarmente, portanto, a restrição da liberdade na medida de segurança é **excepcional**.

Caso o indivíduo necessite de tratamento em saúde mental no curso de prisão preventiva ou outra medida cautelar, deve o juiz:

I – no caso de pessoa presa, reavaliar a necessidade e adequação da prisão processual em vigor ante a necessidade de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Rede de Atenção Psicossocial, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a defesa;

II – no caso de pessoa solta, reavaliar a necessidade e adequação da medida cautelar em vigor, garantindo a possibilidade de tratamento adequado na Rede de Atenção Psicossocial e o exercício de outras atividades que reforcem a autonomia da pessoa, como trabalho e educação.

Capítulo V

EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Sumário • 1. Introdução; 2. Efeitos extrapenais genéricos; 2.1. Tornar certa a obrigação de indenizar; 2.2. Confisco dos instrumentos e produtos do crime; 2.2.1. Confisco em decorrência do tráfico de drogas; 2.2.2. Confisco em decorrência da lavagem de capitais; 2.3. Confisco alargado; 3. Efeitos extrapenais específicos; 3.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; 3.1.1. Efeitos administrativos da condenação; 3.1.2. Efeitos políticos da condenação; 3.2. Incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela; 3.3. A inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso; 4. Efeito da condenação na legislação extravagante; 4.1. Lei de Tortura; 4.2. Lei de Organização Criminosa; 4.3. Lei nº 7.716/89 – Preconceito Racial; 4.4. Lei de Lavagem de Capitais; 4.5. Lei de Falência; 4.6. Lei nº 10.695 – alteração ao Código de Processo Penal; 4.7. Lei de Abuso de Autoridade.

1. INTRODUÇÃO

O principal efeito da sentença penal condenatória é, sem dúvida, submissão do condenado à execução forçada da sanção imposta. Entretanto, a condenação possui outras consequências que atingem a pessoa do condenado, como a reincidência, a interrupção do prazo prescricional do crime praticado, tornar certa a obrigação de reparar o dano, podendo, inclusive, fazer com que o sentenciado venha a perder o cargo, função pública ou mandato eletivo.

Nota-se, portanto, que os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado não estão circunscritos ao campo penal, havendo consequências extrapenais.

Os **efeitos penais** são divididos em **principais** (imposição da sanção penal e sua execução forçada) e **secundários** (maus antecedentes e reincidência como condições desfavoráveis do agente, a conversão das penas restritivas de direitos, a interrupção do prazo prescricional, revogação do “sursis” e do livramento condicional etc.).

Os **efeitos extrapenais** são também repartidos em dois: **genéricos** (arts. 91 e 91-A¹ do CP) e **específicos** (art. 92 do CP).

Os efeitos penais já foram analisados nos capítulos respectivos, razão pela qual optamos concentrar o estudo nos efeitos extrapenais.

1. Numa análise topográfica, pode-se concluir que o confisco alargado é efeito genérico da condenação, tanto que inserido no ambiente do art. 91. Contudo, da leitura do dispositivo, como há a dependência da verificação de particularidades do caso concreto, ligada à análise casuística do patrimônio do condenado frente à litude de sua fonte de renda, nos parece mais correta a corrente que leciona tratar-se de efeito específico.

2. EFEITOS EXTRAPENAIIS GENÉRICOS

O artigo 91 do Código Penal preceitua os efeitos extrapenais denominados genéricos. Como bem observa **Cleber Masson**:

“A interpretação *a contrario sensu* do artigo 92, parágrafo único, do Código Penal, mostra serem tais efeitos automáticos, ou seja, não precisam ser expressamente declarados na sentença. Toda condenação os produz”².

2.1. Tornar certa a obrigação de indenizar

O primeiro (e mais importante) efeito genérico da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I), constituindo a sentença penal condenatória título executivo judicial em parte incompleto, demandando a liquidação no juízo cível a fim de apurar o *quantum* a ser indenizado.

Com o advento da Lei nº 11.719/08 (que alterou o CPP), pode o juiz criminal, na condenação, fixar, desde logo, *quantum* certo e determinado para servir à indenização do ofendido (art. 387, IV, CPP), parte essa da sentença que dispensa liquidação.

Sobre o tema, lembra **Paulo Queiroz**:

“Como a lei menciona sentença penal condenatória, fica por consequência excluída toda e qualquer decisão que tenha caráter absolutório, a exemplo da que reconhece excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Também não fazem coisa julgada no cível, por não terem natureza condenatória: **a)** a sentença que concede perdão judicial (Súmula 18 do STJ); **b)** a sentença que reconhece a prescrição da pretensão punitiva (ordinária ou extraordinária), de modo que só a prescrição da pretensão executória não impede a execução no cível; **c)** a sentença que homologa a composição e a transação penal (Lei 9.099/95). Quanto à sentença que declara a inimputabilidade do agente por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26), a doutrina majoritária entende que não faz coisa julgada no cível por se tratar de decisão absolutória”³.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória. A Corte Cidadã, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais

2. Ob. cit., p. 791.

3. Ob. cit., p. 436.

(CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º), tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica na censura à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada

a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.⁴

2.2. Confisco dos instrumentos e produtos do crime

O artigo 91, II, do Código Penal, relaciona os bens que devem ser perdidos como efeito da condenação:

“São efeitos da condenação:

(...)

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.”

A finalidade do confisco é óbvia: **a)** impedir a propagação dos instrumentos idôneos para a prática de crimes; **b)** não permitir o enriquecimento ilícito do criminoso; **c)** e, por fim, dismantelar as organizações criminosas, destruindo a sua célula nervosa, qual seja, impressionante capacidade financeira (fortuna), ainda que localizada no exterior.

O artigo em comento começa anunciando que devem ser perdidos em favor da União os instrumentos do crime, isto é, os utensílios que serviram ao agente na execução do delito.

Como bem alerta **Bitencourt**, a lei

*“não admite o confisco indistintamente de todo e qualquer instrumento do crime, mas tão somente daqueles instrumentos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, I, “a”, do CP). Na verdade, confiscam-se aqueles instrumentos que, por sua destinação específica, são usados na prática de crimes, ou cujo uso ou porte sejam proibidos. Com essa previsão, nosso legislador visou evitar o confisco de utensílios profissionais, de trabalho, de estudo, enfim, objetos de uso lícito. Assim, o bisturi do médico, o automóvel que atropela e mata a vítima, a navalha do barbeiro, embora *instrumenta sceleris*, não podem ser confiscados.”*⁵

4. REsp 1643051/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28/02/2018.

5. Ob. cit., p. 930.

Os instrumentos do crime e os objetos confiscados cuja perda for declarada em favor da União devem ser inutilizados. Pode ocorrer, porém, que, devido à sua raridade ou valor histórico, haja interesse na sua conservação em um museu criminal (art. 124 do CPP). A Lei 12.840/13 dispõe sobre a destinação dos bens de valor cultural, artístico ou histórico aos museus, nas hipóteses que descreve. De acordo com seu artigo inaugural, “Consideram-se disponíveis para serem destinados ao patrimônio dos museus federais os bens de valor cultural, artístico ou histórico que fazem parte do patrimônio da União, nas seguintes hipóteses: I – apreensão em controle aduaneiro ou fiscal, seguida de pena de perdimento, após o respectivo processo administrativo ou judicial; II – dação em pagamento de dívida; III – abandono”.

Movida pelo mesmo espírito, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) acrescentou ao CPP o art. 124-A anunciando que, na hipótese de decretação de perdimentos de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada – e esse é o caso, por exemplo, dos crimes vagos, como organizações e associações criminosas – poderá haver destinação a museus públicos. O Museu da Abolição (MAB), em Recife (PE), na exposição “Novos Objetos: Novas Coleções”, exibiu obras integradas ao acervo da casa a partir da contribuição da Receita Federal do Brasil (RFB) – que, amparada na Lei 12.840/13, tem destinado bens de valor cultural, artístico ou histórico aos museus públicos federais. O Museu da Abolição já havia recebido, à época, um total de 118 bens culturais. O conjunto doado incluiu três esculturas, cinco telas de arte contemporânea, um livro com reprodução de gravuras de Jean-Baptiste Debret e 109 objetos de origem africana, constituídos de diversos tipos de suporte: madeira, tecido, miçangas, metal, vidro, pelos de animais, sementes e outros, representativos de mais de vinte etnias daquele continente.

Também será confiscado o produto do crime, entendido como qualquer bem ou valor que represente o proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso⁶.

Nos dois casos (confisco dos instrumentos ou produto do crime) a lei ressalva *o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé*. Suponhamos que JOÃO, depois de apoderar-se arbitrariamente da arma de um colecionador, pratica um roubo. O instrumento utilizado no crime, em tese, é coisa cujo porte constitui fato ilícito. O colecionador ficará sem seu objeto de coleção? Parece-nos justo que se o dono da arma tem permissão para possuir o material bélico, afasta-se a natureza ilícita, pressuposto do confisco, restituindo-se a arma ao real proprietário.

☒ **E se o produto ou proveito do crime não for encontrado ou estiver localizado no exterior?**

A Lei nº 12.694/12, definindo organização criminosa (bem como seu processo e julgamento por colegiado em primeiro grau de jurisdição), alterou a redação do art. 91

6. Importante anotar que o Código de Processo Penal, nos seus artigos 125 a 144, dispôs sobre as **medidas cautelares reais de natureza penal** (medidas assecuratórias), dotando o magistrado de meios para evitar que o réu se desfaça dos bens produto do crime, bem como dos valores auferidos com ele. O diploma processual permite, com tais medidas, a constrição do patrimônio do acusado, seja ele ilícito ou **lícito**, sempre com a finalidade de, ao término do processo, garantir os efeitos da condenação.

do Código Penal, acrescentando-lhe dois parágrafos, autorizando, nesses casos, o confisco de bens ou valores equivalentes⁷.

De acordo com o art. 133 do CPP, transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, deve determinar a avaliação e a venda em leilão dos bens cujo perdimento tenha sido decretado. O dinheiro apurado que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé será recolhido aos cofres públicos.

De quem será a competência para decidir a destinação do dinheiro apurado? A doutrina diverge.

Segundo Eduardo Espínola Filho⁸, é de competência do juízo cível. Assim, o destino do numerário, o que cabe à vítima e ao terceiro de boa-fé, já não é mais atribuição do juízo criminal, mas do juízo cível perante o qual o ofendido ajuizou ação de ressarcimento do dano que experimentou. Caso a vítima não tenha ajuizado essa ação, preferindo aguardar a condenação criminal para depois executar o título, a competência será do juízo perante o qual tramitar esta execução.

Não é o entendimento de Tourinho Filho, para quem a competência é do juízo criminal. Afinal, pondera, “se é o Juiz penal quem determina o leilão no caso de produto do crime, quando não reclamada a restituição, por que razão não poderá fazê-lo quando se tratar de coisas adquiridas com o produto da infração?”⁹

Pensamos que a competência é mesmo do juízo cível, embora reconheçamos que, por economia processual, pudesse se imaginar o contrário. Com efeito, a textualidade do art. 143 do CPP, ao determinar a remessa dos autos ao juiz do cível, parece não dar margem a dúvida. Demais disso, imagine-se a possibilidade de oposição de embargos pela Fazenda ou pela vítima. Não teria cabimento que, esgotada sua jurisdição, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ainda fosse o juiz criminal conhecer e julgar esse feito.

☒ **O que ocorre com bens sequestrados, apreendidos ou sujeitos a qualquer medida assecuratória cujo uso, devido ao interesse público, foi autorizado pelo juiz?**

A utilização de bens é uma medida de caráter provisório e instrumental, notabilizada pela necessidade de dar uso social, útil e tempestivo a bens já atingidos por constrição patrimonial assecuratória, de modo a evitar sua obsolescência, a ação corrosiva do tempo e a sanar a incapacidade prática do Estado de adequadamente administrar os bens que ingressam em sua esfera de proteção. Além disso, a destinação e a utilização provisória desses bens tendem a aumentar o poder de atuação na prevenção e repressão aos crimes em geral.

7. Esses efeitos já constavam em Convenções Internacionais, das quais o Brasil é signatário, a exemplo da Convenção de Palermo, Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas.

8. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1965, p. 394-5.

9. Código de Processo Penal comentado, São Paulo: Saraiva, 9ª. Ed., 2005, p. 431.

O uso é autorizado por meio de uma decisão incidental que não depende de uma sentença condenatória e, tampouco, de seu trânsito em julgado. Pode, assim, ser decretado ainda no curso do inquérito policial. Mas, ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória com a decretação do perdimento, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público ao qual foi custodiado o bem (art. 133-A, §4º, do CPP), ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé.

Ressalte-se que o STF decidiu pela impossibilidade de aplicar, no âmbito da transação penal, os efeitos da condenação aqui estudados, decorrentes exclusivamente da sentença penal condenatória definitiva. Para o tribunal,

“as consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do CP, dentre as quais a do confisco de instrumentos do crime (art. 91, II, a) e de seu produto ou de bens adquiridos com o seu proveito (art. 91, II, b), só poderiam ocorrer como efeito acessório, reflexo ou indireto de uma condenação penal. Apesar de não possuírem natureza penal propriamente dita, não haveria dúvidas de que esses efeitos constituiriam drástica intervenção estatal no patrimônio dos acusados, razão pela qual sua imposição só poderia ser viabilizada mediante a observância do devido processo, que garantisse ao acusado a possibilidade de exercer seu direito de resistência por todos os meios colocados à sua disposição. Ou seja, as medidas acessórias previstas no art. 91 do CP, embora incidissem “ex lege”, exigiriam juízo prévio a respeito da culpa do investigado, sob pena de transgressão ao devido processo legal. Assim, a aplicação da medida confiscatória sem processo revelar-se-ia antagônica não apenas à acepção formal da garantia do art. 5º, LIV, da CF, como também ao seu significado material, destinado a vedar as iniciativas estatais que incorressem, seja pelo excesso ou pela insuficiência, em resultado arbitrário. No caso, o excesso do decreto de confisco residiria no fato de que a aceitação da transação revertera em prejuízo daquele a quem deveria beneficiar (o investigado), pois produzira contra ele um efeito acessório — a perda da propriedade de uma motocicleta — que se revelara muito mais gravoso do que a própria prestação principal originalmente avençada (pagamento de cinco cestas de alimentos)”¹⁰.

2.2.1. Confisco em decorrência do tráfico de drogas

O art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal estabelece o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

O tráfico de drogas é uma das infrações penais que sem dúvida mais garantem retorno financeiro. Está também entre as infrações nas quais mais se empregam bens materiais que viabilizam o sucesso da empreitada.

10. RE 795567/PR, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 09/09/2015.

O perdimento de bens, como vimos, é uma consequência aplicável em virtude tanto da utilização de bens materiais para a prática de crimes quanto da obtenção desses bens na qualidade de proveito da atividade criminosa.

No tocante aos bens utilizados para a prática criminosa do tráfico de drogas, há certa controvérsia a respeito do que pode ser assim considerado. Há quem diga, diante da regra geral de vedação ao confisco, que somente podem ser expropriados os bens utilizados exclusiva e reiteradamente para o cometimento da atividade criminosa. É o caso do imóvel utilizado com a finalidade precípua de estocar as drogas; do automóvel utilizado por membros do grupo criminoso para o transporte habitual de drogas etc.

Há, de outro lado, aqueles que defendem a possibilidade de confisco pela simples constatação de que determinado bem foi utilizado para o cometimento do tráfico, independentemente de qualquer prova de habitualidade ou de exclusividade.

O STF, no RE 638.491/PR (j. 17/05/2017), adotou a segunda orientação. Para o tribunal, basta que se observe o parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal, que determina o perdimento de bens apreendidos *em decorrência do tráfico*. Não há, no texto constitucional, nenhum requisito de habitualidade ou de exclusividade na utilização dos bens apreendidos.

Asseverou-se no julgamento

“que o tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, por meio de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo poder constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais”.

Os mandados de criminalização vinculam o legislador ordinário, reduzindo a sua margem de atuação para obrigá-lo a proteger (de forma suficiente/eficiente) certos temas (bens ou interesses). É o que ocorre, além do caso do art. 243, com os crimes de racismo (art. 5º, XLII, CF/88),¹¹ hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII, CF/88), de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88) e com os crimes ambientais (art. 225, §3º, CF/88). Temos também mandados de criminalização nos dispositivos que tratam da retenção dolosa do salário (art. 7º, X, CF/88) e do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente no âmbito familiar (art. 227, §4º, CF/88). Aliás, este último serviu de campo fértil para a Lei 14.344/22 (Lei Henry Borel).

11. O Decreto 10.932/22 promulgou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que impõe aos signatários a obrigação de prevenir, eliminar, proibir e punir esses atos de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção.

O próprio STF, em outros momentos, reconhece a existência dos mandados de criminalização:

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos”¹².

Com a decisão proferida no RE 638.491/PR, o tribunal reconhece mais uma vez esse importante instrumento constitucional e sinaliza o rigor no trato de agentes que empregam bens de valor econômico na prática de tão grave infração penal.

A orientação adotada se fortalece diante das atuais disposições sobre o perdimento de bens na Lei 11.343/06. Com efeito, além da decretação de perda de bens, direitos ou valores apreendidos em decorrência direta dos crimes (art. 63), a Lei 13.886/19 inseriu no âmbito dos crimes relativos a drogas o confisco alargado (muito semelhante ao introduzido no Código Penal pela Lei 13.964/19 – Pacote Anticrime), que permite, na condenação por infrações às quais a Lei 11.343/06 comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, a decretação da perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito (art. 63-F).

2.2.2. Confisco em decorrência da lavagem de capitais

O artigo 7º, inciso I, da Lei 9.613/98, praticamente repete a regra relativa à perda judicial como efeito da condenação prevista no artigo 91, II, do Código Penal, mas merecem atenção alguns elementos especializantes introduzidos pela Lei 12.683/12.

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também na Lei de Lavagem deve o juiz competente determinar a perda de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem de dinheiro. Contudo, esse confisco não será revertido somente em favor da União, podendo favorecer os Estados, quando o crime é processado e julgado na Justiça estadual. Para tanto, a lei determina que os entes federativos, dentro de suas esferas de competência normativa, devem regular a destinação dos bens adquiridos em razão da perda judicial, adotando-se, preferencialmente, o encaminhamento dos bens ou recursos para órgãos que atuem na seara de prevenção e combate aos delitos de lavagem de dinheiro (artigo 7º, § 1º).¹³

12. HC 104.410/RS, DJe 27/03/2012.

13. O art. 7º, § 1º, da Lei 9.613/98 foi regulamentado pelo Decreto 11.008/22, que estabelece a destinação de bens, direitos e valores cuja perda tenha sido declarada em processos de competência da Justiça Federal. Os bens, direitos e valores perdidos serão convertidos em dinheiro e destinados da seguinte forma: I - noventa por cento para a Polícia Federal, para integrar a receita do Fundo para Aparelhamento e Operacionalização das Atividades-fim da Polícia Federal – Funapol; II - dez por cento para a Polícia Rodoviária Federal. Os recursos decorrentes da alienação de bens, direitos e valores oriundos do crime de tráfico ilícito de drogas e que tenham sido objeto de dissimulação e ocultação serão destinados ao Fundo Nacional Antidrogas – Funad.

Ensina **Francisco de Assis Machado Cardoso** que,

“diante da natureza metaindividual dos interesses tutelados pelos crimes de lavagem de dinheiro, nada impede a destinação de bens derivados da perda judicial para entidades públicas que não atuem diretamente na seara da segurança pública. Podem ser beneficiados órgãos e instituições que exerçam, ainda de forma indireta e mediata, atividades que tragam benefícios à sociedade em áreas sensíveis, tais como, educação e saúde”¹⁴.

Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação (art. 7º. §2º).

2.3. Confisco alargado

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) introduziu no Código Penal o art. 91-A, que disciplina o chamado *confisco alargado* (*confisco ampliado ou perda alargada*), uma espécie de *efeito secundário da sentença penal condenatória* que consiste na perda de bens equiparados¹⁵ ao produto ou proveito do crime.

A principal motivação deste tipo de medida é a despatrimonialização do criminoso de modo a incrementar um reproche econômico significativo aos tradicionais efeitos dissuasórios e retributivos da sanção penal, notadamente àquelas categorias delitivas altamente rentáveis. Trata-se de estratégia de enfrentamento à criminalidade que parte da ideia de que determinados crimes são permeados por um alto grau de escolha racional, em que o agente avalia e assume os riscos e benefícios decorrentes de sua prisão e do retorno proporcionado. O elevado saldo patrimonial nessa equação de custo-benefício serve de incentivo para o intento criminoso. A análise econômica do crime, dentre outras lições, indica que um sistema criminal eficaz deve impor riscos superiores às vantagens inerentes à prática do crime. Ao atingir os bens que gravitam em torno da conduta delituosa praticada pelo agente, o confisco alargado reveste-se de nítida feição econômica, é fruto de manejo eficaz do direito penal e está inserido em um modelo de política criminal funcionalista porque busca enfrentar, com outra mecânica, o sentimento social de impunidade que gradativamente leva à perda da eficácia da própria ordem jurídica.

O confisco alargado não é cabível em qualquer condenação. O dispositivo em estudo elenca alguns pressupostos necessários que delimitam seu cabimento. Importa desde já

14. Leis Penais Especiais Comentadas - Lavagem de Dinheiro (Cap. 27). 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 1520.

15. O confisco alargado não se confunde com o confisco por equivalência, inserido nos §§ 1º e 2º do art. 91 pela Lei 12.694/12. O primeiro se caracteriza por uma extensão do perdimento a bens que, embora não estejam ligados diretamente ao crime que está sendo julgado, de alguma forma provêm de atividades ilegais, tanto que seu conjunto é incompatível com o rendimento lícito do condenado. Já o segundo se impõe nas situações em que o produto ou o proveito direto do crime julgado não é encontrado ou se localiza no exterior, quando então se autoriza a medida sobre bens equivalentes que possam constituir o patrimônio lícito do condenado.

deixar assentado que esses pressupostos servem para demonstrar que a legislação não cria uma presunção legal, mas tão somente uma consequência anexa e direta do édito condenatório que, por opção político-criminal, se alastra para outras esferas jurídicas e produz outros efeitos jurídicos mandamentais previstos na norma. Os pressupostos da medida são os seguintes:

(A) condenação por crime com pena máxima superior a seis anos: a lei exige uma condenação pela prática de crime cuja pena máxima seja superior a 06 (seis) anos de reclusão. Trata-se de requisito objetivo que atinge, por exemplo, crimes contra a Administração Pública como peculato, corrupção ativa e passiva e concussão; crimes contra o patrimônio como furto qualificado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro e receptação qualificada; crimes financeiros como lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira.

(B) Incompatibilidade do patrimônio com a renda lícita do agente: para a decretação do confisco alargado se faz necessária a demonstração da incompatibilidade/desproporcionalidade do patrimônio do condenado com o seu rendimento lícito, juízo central para a aplicação da medida.

A questão deve ser bem compreendida, principalmente sob o ponto de visto do ônus da prova. Assentado nos elementos que constituem a norma em estudo, o órgão acusador deve comprovar a evolução patrimonial em patamares desproporcionais à renda do agente, e deve fazê-lo com elementos probatórios colhidos ainda na fase investigativa. Tanto é assim que o § 3º do art. 91-A impõe que o Ministério Público faça na denúncia o pedido expresso de decretação da perda e aponte a diferença apurada.¹⁶ Por isso não há, propriamente, inversão do ônus da prova, pois a apresentação de justificativa razoável para a evolução patrimonial ou a comprovação de procedência lícita do patrimônio – como permite o § 2º – é típica matéria de defesa.

Observe-se que o art. 91-A abrange todos os bens que não sejam compatíveis com a renda lícita do criminoso, de modo a reputá-los como produto (*producta sceleris*) ou proveito do crime (*pretium sceleris*). Para sermos mais precisos, a norma considera como algo equivalente ao produto ou proveito do crime todos os bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito. E, como dispõe o § 1º, entende-se por patrimônio do condenado para os efeitos do confisco:

(1) os bens de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente;

(2) os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

16. Não é necessário que os dados constantes na denúncia sejam definitivos. É possível a apresentação de uma espécie de cálculo simplificado, baseado nas informações disponíveis até aquele momento, e, caso a instrução processual revele novas provas que possam incrementar os valores apurados, estes é que deverão ser considerados pelo juiz na sentença.

Embora o confisco alargado recaia em bens não identificados diretamente com a conduta criminosa – caso em que constituir-se-iam propriamente em produto ou proveito crime –, trata-se de medida considerada como uma consequência da sentença penal – daí porque tem natureza jurídica de *efeito secundário da sentença penal condenatória* – e atinge todos os demais ativos sobressalentes à receita legal do condenado e que não tiveram sua origem comprovada.

Conforme se extrai do § 1º do art. 91-A, o vocábulo “patrimônio” não deve ser compreendido apenas como o formalmente declarado. Como bem observa Francisco Cardoso

“deve ser efetivamente aplicado o conceito de beneficiário final ou beneficiário efetivo (*beneficial ownership*), de maneira a se buscar não apenas os bens que estejam registrados em nome do agente (como se sabe, poucos ou nenhum), mas todos aqueles que estejam sob seu domínio ou que por eles sejam controlados ou usufruídos. É o que costumamos chamar de patrimônio real e não o patrimônio declarado do agente delituoso. De acordo com as Recomendações do GAFI, impõe-se às instituições financeiras *lato sensu*, no âmbito das medidas de devida diligência ao cliente (CDD – *Costumer Due Diligence*) aplicadas, a obrigação de identificar o beneficiário efetivo das operações realizadas, adotando-se as medidas adequadas para verificar a sua identidade. Somente assim, podem as IFs ter um conhecimento satisfatório sobre a identidade do beneficiário efetivo da operação realizada. No caso de pessoas jurídicas, as IFs devem ainda adotar todas as medidas adequadas que lhes permitam compreender a estrutura de propriedade da figura jurídica, de forma a exercer o efetivo controle do cliente com o qual se relacionam. Isso quer dizer, não basta saber em nome de quem a operação está sendo realizada. Há a necessidade que os sujeitos obrigados efetivamente atuem de forma a identificar quem são os verdadeiros beneficiários ou controladores finais daquela operação. Tudo isso é feito justamente com a finalidade de se dar um espectro cada vez mais amplo na atividade estatal quando da identificação dos bens que compõem o patrimônio do agente. De modo que não escapem do radar dos órgãos de persecução criminal bens ou valores que tenham sido obtidos com a prática de crimes e que, pela complexidade de sua ocultação/dissimulação, não tenham sido descobertos e identificados quando da investigação criminal. No entanto, mesmo que cumprida adequadamente tal tarefa, identificando-se todos os bens que compõem o patrimônio real do criminoso, ainda mais complexa seria a atuação do Estado se a lei exigisse, para que tal patrimônio fosse atingido, a efetiva determinação de sua vinculação a uma prática criminosa específica”.¹⁷

17. *Projeto de Lei Anticrime, o Confisco Alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime*. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 228-229.

Na sentença em que decreta a perda, o juiz deve (a) declarar a diferença apurada entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito e (b) especificar os bens cuja perda está sendo decretada.

Destaca-se finalmente que o § 5º do art. 91-A alarga também o perdimento dos instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias.

Como já estudamos, o art. 91, inc. II, alínea *a*, ao dispor sobre o perdimento dos instrumentos do crime, impõe que se trate de objetos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. O § 5º do art. 91-A, ao contrário, dispõe que o perdimento deve ocorrer (em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal) ainda que os instrumentos não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes. Se no perdimento do art. 91 se busca preservar a fruição de objetos que, embora momentaneamente usados para a prática de crimes, são de uso lícito e podem continuar a ser utilizados nessa qualidade pelo próprio agente ou por pessoas próximas, o mesmo cuidado não se justifica no caso de crimes cometidos por organizações criminosas ou milícias, cujos atos jamais serão considerados lícitos e, portanto, os instrumentos utilizados o serão sempre para finalidade espúria.

Síntese das distinções entre o confisco dos instrumentos e produtos do crime e o confisco alargado:

Confisco dos instrumentos e produtos do crime (art. 91)	Confisco alargado (art. 91-A)
Não há requisito relativo à pena cominada ao crime	Pressupõe que a lei comine ao crime pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão
Abrange os produtos do crime	Abrange bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito
Abrange os instrumentos do crime, desde que o fabrico, a alienação, o uso, o porte ou a detenção constitua fato ilícito	Tratando-se de instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias, devem ser declarados perdidos ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de que sejam utilizados para o cometimento de novos crimes
Não pressupõe pedido expresso do Ministério Público	O Ministério Público deve fazer na denúncia o pedido expresso de decretação da perda, apontando a diferença apurada no patrimônio
É um efeito automático da condenação	O juiz deve se manifestar expressamente sobre o pedido do Ministério Público, declarando o valor da diferença apurada e especificando os bens perdidos

3. EFEITOS EXTRAPENAIIS ESPECÍFICOS

Previstos no artigo 92 do Código Penal, os efeitos extrapenais específicos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença condenatória (art. 92, parágrafo único, CP¹⁸). Têm apenas caráter preventivo, assegurando a eficácia da reprimenda principal, prevenindo a reincidência.

3.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo

O inciso inaugural do art. 92 anuncia efeitos da condenação de natureza administrativa (perda de cargo e função pública) e política (perda de mandato eletivo).

3.1.1. Efeitos administrativos da condenação

Os efeitos administrativos abrangem os crimes praticados por servidores ocupantes de cargo público ou que desempenham função pública¹⁹, variando os seus pressupostos de acordo com a espécie de crime praticado pelo agente.

Nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, é imprescindível a aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano. Já em se tratando de crime comum, a pena aplicada deve ser privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos²⁰.

18. Reforçando a aplicação do texto expresso do Código Penal, decidiu o STJ: “Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, prevista no art. 92, I, do Código Penal, não é efeito automático da condenação, de forma que a sua incidência demanda fundamentação expressa e específica, à exceção do crime de tortura, o que não é o caso dos autos” (AgRg no REsp 1459396/MG, DJe 21/10/2016).

19. Segundo o STJ, este efeito da condenação não se aplica ao agente aposentado para cassar o benefício: “1. O art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria e, por se tratar de norma penal punitiva, não admite analogia *in malam partem*” (AgInt no REsp 1.529.620/DF, j. 20/09/2016). Nem se aplica se o agente público estiver em cargo diverso daquele no exercício do qual cometeu o crime: “O cargo, função ou mandato a ser perdido pelo funcionário público como efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do Código Penal, só pode ser aquele que o infrator ocupava à época da conduta típica. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito. No caso, a fundamentação utilizada na origem para impor a perda do cargo referiu-se apenas ao cargo em comissão ocupado pelas pacientes na comissão de licitação quando da prática dos delitos, que não guarda relação com o cargo efetivo, ao qual também foi, sem fundamento idôneo, determinada a perda” (HC 482.458/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22/10/2019).

20. Segundo decidiu o STJ, é possível considerar, para a perda de cargo, emprego ou função pública, que o crime foi cometido com violação de dever para com a Administração Pública mesmo em situações nas quais o agente público não tenha se valido do cargo. O tribunal julgou válido este efeito da condenação sobre um policial militar condenado a menos de quatro anos de pena privativa de liberdade por ter cometido um roubo tentado. Embora não estivesse ele no exercício do cargo no momento da conduta, tratou-se de evidente violação do dever para com a Administração Pública (REsp 1561248/GO, DJe 01/12/2015). Da mesma forma, o reconhecimento de que o réu, condenado pelo

EFEITOS ADMINISTRATIVOS ESPECÍFICOS DA CONDENAÇÃO PENAL	
PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA	
CRIME PRATICADO POR DETENTOR DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA	CRIME PRATICADO POR DETENTOR DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA
Praticado com abuso ou violação de dever funcional	Crimes comuns
Ex: peculato	Ex: roubo
Pena privativa de liberdade	Pena privativa de liberdade
Aplicada por tempo igual ou superior a 1 (um) ano	Aplicada por tempo superior a 4 (quatro) anos

Nas duas situações, cumpre ao magistrado sentenciante examinar a extensão de sua gravidade para decidir se absolutamente incompatível a permanência do agente nos quadros da Administração.

Apesar de a condenação a pena de multa ou privativa de liberdade inferior a 1 ano (nos crimes com abuso ou violação de dever funcional) ou não superior a 4 anos (nos demais casos) não gerar o efeito do art. 92 do CP, nada impede a perda do cargo público na esfera administrativa (improbidade)²¹, ante a independência das instâncias. No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o STJ tem decidido que é possível a perda do cargo, se devidamente justificada:

“Existindo fundamentação idônea, o fato de que houve a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não impede a decretação, no momento da condenação, da perda do cargo público, uma vez que esta não decorre da restrição da liberdade, mas do abuso de poder e violação de dever para com a Administração Pública.”²²

3.1.2. Efeitos políticos da condenação

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em face do disposto no seu artigo 15, inciso III, a perda do mandato eletivo já não mais se submete

crime de corrupção de testemunha, praticou ato incompatível com o cargo de policial militar é fundamento válido para a decretação da perda do cargo público (HC 710.966-SE, j. 15/03/2022).

21. Aliás, e já que mencionamos a Lei de Improbidade Administrativa, vale a pena lembrar que a Lei 8.429/92 foi alterada pela Lei 14.230/21, só reconhecendo ato ímprobo quando doloso. E no que se refere a relativa independência entre as instâncias cível e criminal, é sabido que, consoante a jurisprudência das Cortes Superiores, a absolvição no juízo criminal apenas vincula o juízo cível quando ficar reconhecida a inexistência do fato ou atestar não ter sido o demandado seu autor. O § 4º do art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa (incluído pela Lei 14.230/21) dispõe que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação por ato de improbidade, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do CPP. Mas o dispositivo teve a eficácia suspensa em medida cautelar deferida na ADI 7.236 (j. 27/12/2022).

22. AgRg no REsp 1.857.069/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/04/2021.

às regras do Código Penal, sendo consequência de toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, mesmo que não declarada expressamente na sentença. Independe, ainda, da natureza do crime, da qualidade e *quantum* da pena efetivamente imposta. Nem mesmo o fato de ter sido o agente, eventualmente, beneficiado com a suspensão condicional da pena impede a perda do mandato eletivo.

Apesar de reconhecerem a autoaplicabilidade do art. 15, III, da CF, encontramos decisões restringindo a sua aplicação, entendendo que a suspensão dos direitos políticos do condenado somente se permite quando o cumprimento da reprimenda corporal torne inviável o exercício de tais direitos, ou quando houver limitações que impliquem horários de recolhimento ao cárcere, não se aplicando, por exemplo, às hipóteses de *sursis*.

Um dos questionamentos sobre a limitação da suspensão dos direitos políticos é relativo à condenação na qual a pena privativa de liberdade é substituída por restritiva de direitos, que, sabemos, não implica recolhimento ao cárcere e constitui medida alternativa aplicada, no geral, em decorrência de crimes de menor gravidade (culposos; se dolosos, sem violência ou grave ameaça a pessoa e com penas relativamente baixas – até quatro anos).

Esta situação envolvendo as penas restritivas de direitos foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 601.182/MG.

Em 2011, o tribunal havia reconhecido a repercussão geral do tema, pois cumpria “definir, de forma linear, em todo o território nacional, mediante a voz abalizada do Supremo, o alcance do inciso III do art. 15 da Lei Fundamental, que preceitua a suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os respectivos efeitos. Em síntese, o guardião-maior da Carta Federal há de assentar se a suspensão prevista constitucionalmente abrange pronunciamento judicial a encerrar a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos. A conclusão extrapolaria os limites subjetivos do processo, irradiando-se para um incontável número de casos”.

No caso julgado, um indivíduo havia sido condenado por uso de documento falso e teve a pena privativa substituída pela restritiva de direitos. Ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu parcialmente os argumentos do réu e afastou a suspensão dos direitos políticos diante da natureza da pena imposta:

“Conforme friso em votos semelhantes, não se pode olvidar que a atual Constituição foi promulgada há mais de quinze anos. Vivia-se um momento em que a experiência de penas alternativas no direito brasileiro ainda se manifestava de forma relutante, incipiente e isolada. Por isso, não é de se conceber que o réu seja alijado de sua condição de cidadão por insistência na interpretação puramente literal do dispositivo em referência, e no substrato ético que a fundamenta, depois de árdua e corajosa modernização das políticas criminais e aprimoramento do sistema substitutivo das censuras carcerárias.

Tal pensamento, indubitado, pode implicar outra pena que traz consequências talvez mais severas que o próprio castigo cominado ao delito previsto no ordenamento jurídico-penal. Arreda-se da vida

pública, indiscriminadamente, tanto aquele para quem se fez necessário o afastamento do convívio em sociedade, via segregação, quanto o que vem a ser beneficiado, ainda que condicionalmente, pela isenção do encarceramento após rigorosa avaliação, dentre outras circunstâncias, da natureza e da gravidade da infração penal que cometeu, de seus atributos pessoais e da pena que lhe é infligida.

Postulados dos mais caros ao Estado Democrático de Direito - os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa e, principalmente, da individualização da pena, insculpido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal - são extirpados desse raciocínio que subtrai ao aplicador da lei o poder de decidir, ao cabo da análise singular de cada caso, sobre a incidência ou não do instituto que prevê a sustação das prerrogativas políticas”.

O Ministério Público recorreu extraordinariamente apontando a violação do art. 15, inciso III, da CF/88, e o Supremo Tribunal Federal, por maioria, deu-lhe razão.

Após o voto do ministro Marco Aurélio, que seguiu a mesma linha da decisão proferida na apelação afirmando que a suspensão dos direitos políticos contraria os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade, o ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência para impor a suspensão independentemente da qualidade da pena fixada na sentença condenatória. O que importa, segundo a Constituição Federal, é a condenação transitada em julgado pela prática de uma conduta criminoso.

A divergência foi seguida pela maioria, sendo que o ministro Luiz Fux propôs, em seu voto, a restrição da suspensão dos direitos políticos aos crimes previstos na Lei da Ficha Limpa, tendo em vista ser desproporcional que consequência tão severa seja aplicada a infrações de menor gravidade. A tese firmada em repercussão geral, no entanto, foi assim redigida:

“A suspensão de direitos políticos prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos”.²³

Em outro julgamento com repercussão geral reconhecida, o STF decidiu que, apesar do disposto no art. 15, III, da CF, a condenação criminal transitada em julgado não impede a nomeação e a posse de aprovados em concurso público:

23. Segundo o TSE, a suspensão dos direitos políticos se impõe inclusive em decorrência da sentença absolutória imprópria que aplica medida de segurança: “Não obstante tratar-se de sentença absolutória imprópria, a decisão que impõe medida de segurança ostenta natureza condenatória, atribuindo sanção penal, razão por que enseja suspensão de direitos políticos nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal” (Res. 22.193/06). Embora em seus fundamentos a resolução faça uma interpretação sistemática entre os incisos II (incapacidade civil absoluta) e III (condenação criminal) para concluir que tanto a capacidade civil quanto a imputabilidade estão estritamente relacionadas à capacidade política, a nosso ver é equivocado atribuir natureza condenatória à sentença absolutória imprópria, que, não obstante se caracterize pela imposição de uma sanção penal, não provoca nenhum dos efeitos próprios da condenação.

“A suspensão dos direitos políticos prevista no artigo 15, III, da Constituição Federal (‘condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos’) não impede a nomeação e posse de candidato aprovado em concurso público, desde que não incompatível com a infração penal praticada, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (CF, art. 1º, III e IV) e do dever do Estado em proporcionar as condições necessárias para a harmônica integração social do condenado, objetivo principal da execução penal, nos termos do artigo 1º da LEP (Lei nº 7.210/84). O início do efetivo exercício do cargo ficará condicionado ao regime da pena ou à decisão judicial do juízo de execuções, que analisará a compatibilidade de horários.”²⁴

Em relação especificamente aos efeitos da suspensão dos direitos políticos de congressistas (deputados federais e senadores) que, no exercício dos mandatos, forem condenados criminalmente, a Constituição é dúbia.

O art. 55, ao elencar as hipóteses de perda do mandato eletivo, estabelece, no inciso IV, que tal ocorre em relação ao parlamentar “que perder ou tiver suspensos os direitos políticos”; em seguida, no inciso VI, impõe idêntica consequência para aquele “que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

Para a hipótese do inciso IV, o § 3º do art. 55 dispõe que “a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”, ao passo que em decorrência da condenação criminal definitiva (inciso VI) o § 2º estabelece que “a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”.

Ocorre que, conforme já mencionamos anteriormente, o art. 15, inciso III, da Constituição Federal elege a condenação criminal transitada em julgado como causa de suspensão dos direitos políticos (trata-se de suspensão porque a privação dos direitos políticos vigora apenas enquanto incidentes os efeitos da condenação). Diante disso, instala-se a celeuma: a perda do mandato eletivo é consequência natural da condenação criminal definitiva, bastando à Mesa da Casa Legislativa respectiva declará-la, ou deve haver deliberação do Plenário para decretar a perda do mandato?

A controvérsia foi intensamente debatida pelo Supremo Tribunal Federal em duas ações penais originárias.

Na primeira delas, a ação penal 470, por unanimidade, concluiu aquela Corte pela suspensão dos direitos políticos de todos os condenados, em decorrência do disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal. Por maioria (5x4), decidiu pela decretação da perda dos mandatos dos parlamentares condenados, cabendo à respectiva Casa Legislativa

24. RE 1.282.553/RR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 04/10/2023.

apenas e tão somente declará-la, sem qualquer votação sobre o mérito da cassação. Assim foi sintetizada a decisão do tribunal:

“Assinalou-se que as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos seriam taxativas (CF, art. 15) e que o Poder Legislativo poderia decretar a perda de mandato de deputado federal ou senador, com fundamento em perda ou suspensão de direitos políticos, bem assim em condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 55, IV e VI). Ressaltou-se que esta previsão constitucional estaria vinculada aos casos em que a sentença condenatória não tivesse decretado perda de mandato, haja vista não estarem presentes os requisitos legais (CP, art. 92), ou por ter sido proferida anteriormente à expedição do diploma, com o trânsito em julgado ocorrente em momento posterior. Afastou-se, na espécie, a incidência de juízo político, nos moldes do procedimento previsto no art. 55 da CF, uma vez que a perda de mandato eletivo seria efeito irreversível da sentença condenatória. Consignou-se, ademais, a possibilidade de suspensão do processo, com o advento da EC 35/2001, para evitar que o parlamentar fosse submetido à perseguição política. Entretanto, não ocorrida a suspensão, o feito seguiria trâmite regular. Frisou-se que esses réus teriam cometido crimes contra a Administração Pública quando no exercício do cargo, a revelar conduta incompatível com o exercício de mandato eletivo” – Informativo 693.

Em sua intervenção, o Min. Celso de Mello asseverou que a regra impositiva da votação sobre a perda do mandato “aplicar-se-ia a condenações criminais que não envolvessem delitos apenados com sanções superiores a 4 anos ou que, embora inferiores a este patamar, não dissessem respeito a infrações cujo tipo penal contivesse como elementar ato de improbidade administrativa. Destacou competir à Casa a que pertencesse o congressista meramente declarar o fato extintivo já reconhecido e integrado ao próprio título condenatório” – Informativo 693.

Em outra oportunidade, passados poucos meses, o Supremo Tribunal Federal voltou a se debruçar sobre a perda do mandato de parlamentares condenados, agora na ação penal 565. Ocorre que, nesta ocasião, o tribunal estava com sua composição modificada, pois dois novos ministros haviam sido empossados. Desta feita, a anterior minoria transmudou-se em maioria (6x4), pois se decidiu competir à Casa Legislativa deliberar a respeito da perda do mandato do parlamentar condenado. Aqueles ministros que haviam votado, na ação penal 470, pela deliberação do Parlamento a respeito da cassação, reiteraram seus argumentos, lastreados, basicamente, na separação dos Poderes da República. Para tais julgadores, a decretação da perda do mandato pelo próprio tribunal constituiria ingerência do Judiciário em seara exclusiva do Legislativo. Os dois novos ministros que não haviam votado na ação penal anterior assentaram o seguinte:

a) “que a condenação criminal transitada em julgado conteria como efeito secundário, natural e necessário, a suspensão dos direitos políticos, que independeria de declaração. De outro passo, ela não geraria, necessária e naturalmente, a perda de cargo público. Avaliou

que, no caso específico dos parlamentares, essa consequência não se estabeleceria. No entanto, isso não dispensaria o congressista de cumprir a pena (Teori Zavascki);”

b) “a literalidade do art. 55, § 2º, da Constituição Federal não se coaduna com a orientação anteriormente adotada pela Corte (Luís Roberto Barroso) – Informativo 714.”

Em julgado posterior, a 1ª Turma do STF decidiu ser da competência do Parlamento a decisão sobre a perda do mandato (art. 55, VI e § 2º, da CF), mas a regra pode ser excepcionada quando a condenação tornar impossível o comparecimento do parlamentar a ao menos um terço das sessões ordinárias da Casa Legislativa a que pertença, hipótese em que a perda do mandato decorre da ausência (art. 55, III, da CF):

“Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso –, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF”²⁵.

Parece-nos mais acertada a primeira conclusão a que chegou o Tribunal.

Data maxima venia, não se afigura razoável admitir que um parlamentar tenha seus direitos políticos suspensos em decorrência de condenação criminal e, ao mesmo tempo, mantenha seu mandato legislativo até que haja pronunciamento da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal a respeito da perda. E não é razoável porque se instaura a escatológica figura do parlamentar-presidiário diante da possibilidade de que a Câmara ou o Senado votem contrariamente à cassação, como, aliás, ocorreu em passado recente, em que o Supremo Tribunal Federal condenou um deputado federal (AP 396), mas não se pronunciou sobre a perda do mandato. Coube, pois, à Câmara dos Deputados votar a respeito, e, diante da falta de votos suficientes, a cassação do mandato não prosperou e o condenado iniciou o cumprimento da pena em regime fechado mantendo seu *status* de parlamentar. Da mesma forma, noticiou-se amplamente a situação em que um parlamentar (deputado federal), cumprindo pena em regime semiaberto, deixava o estabelecimento prisional todas as manhãs para exercer seu mandato na Câmara dos Deputados, retornando ao cárcere à noite.

A interpretação literal da Constituição conduz tanto no sentido da perda automática quanto no da necessidade de deliberação. Ora, o art. 15, inciso III, da Constituição Federal é expreso ao determinar a suspensão dos direitos políticos dos criminalmente

25. AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 31/08/2017.

condenados em definitivo, moldando-se, pois, ao disposto no art. 55, § 3º, no sentido de que basta a declaração da perda pela Mesa da Casa Legislativa. Já o art. 55, § 2º impõe a deliberação do Plenário nos casos de condenação criminal.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, em casos tais, conferir a interpretação que mais bem se harmonize com o sistema constitucional. Nesse contexto, considerada a suspensão dos direitos políticos como consectário da condenação criminal, é decorrência lógica a perda do mandato, devendo o Parlamento apenas declará-la. Como podemos aceitar que um parlamentar exerça seu ofício sem estar no pleno gozo dos direitos políticos se, nesta condição, sequer poderia se lançar candidato? Esta interpretação certamente não favorece a unidade da Constituição Federal, tratada na seara constitucional como princípio segundo o qual a Lei Maior deve ser interpretada de forma que se lhe confira plena efetividade na medida em que se afastam eventuais antinomias.

Com o cumprimento ou a extinção da pena, cessam os efeitos da suspensão dos direitos políticos, independentemente de reabilitação ou de reparação de eventuais danos provocados pela conduta criminoso. É o que dispõe a súmula 09 do TSE.²⁶

Deve-se ressaltar que este tema se estende aos parlamentares estaduais e distritais, *ex vi* do disposto nos artigos 27, § 1º e 32, § 3º, ambos da CF.

Não tendo a Carta Maior previsto regra específica sobre os parlamentares municipais, aplica-se a regra geral do afastamento automático, cabendo ao Presidente da Câmara apenas declarar a sua extinção.

Por fim, deve ser observada a “Lei da Ficha Limpa”, que dispõe sobre diversas situações de inelegibilidade decorrentes da prática de crimes, reconhecidas em decisão com trânsito em julgado ou decisão por órgão colegiado (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/10).

3.2. Incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela

É também efeito específico da condenação a incapacidade do condenado para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela (art. 92, II, do CP).

Pressupõe agente condenado definitivamente por crime doloso, punido com reclusão (não importando o *quantum*), praticado contra “outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado” (Lei 13.715/18).²⁷ A incapacidade não exige como requisito o abuso do poder familiar, tutela ou curatela, presumindo-se a incompatibilidade para o seu exercício.

26. “A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”.

27. O Código Civil, no seu art. 1.637, parágrafo único, prevê a *suspensão do exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão*. Diferentemente do Código Penal, a norma exige apenas que haja sentença irrecorrível por crime cuja pena suplanta 2 (dois) anos de prisão, sem qualquer distinção sobre a sua

À parte da impropriedade de desdobrar o substantivo *filho* em *filho e filha* – pois, como sabemos, *filho* engloba os dois gêneros tanto quanto o fazem *tutelado* e *curatelado*, dos quais a lei certamente não exclui a tutelada e a curatelada –, temos que algumas novas situações passaram a ensejar a perda do poder familiar após a entrada em vigor da Lei 13.715/18: o crime cometido por um dos pais contra o outro que também seja titular do poder familiar (ou seja, que não o tenha perdido) e o crime cometido contra netos, bisnetos, etc.

Iniciemos pela perda em relação aos filhos, hipótese existente mesmo antes da alteração legal. Discute-se se a incapacidade se estende àqueles que não tenham sido vítimas do crime.

Guilherme de Souza Nucci entende que a presente consequência da condenação incide somente sobre a relação entre o condenado e a vítima, não alcançando outros filhos. Exemplifica o autor:

“O pai agride um de seus seis filhos; condenado por lesão corporal grave a uma pena de um ano de reclusão, pode o juiz determinar a incapacidade para o exercício do poder familiar em relação àquela vítima. Os outros cinco filhos podem perfeitamente continuar sob sua tutela”²⁸.

Cleber Masson, não sem razão, discorda, argumentando:

“Essa incapacidade pode ser estendida para alcançar outros filhos, pupilos ou curatelados, além da vítima do crime. Não seria razoável, exemplificativamente, decretar a perda do poder familiar somente em relação à filha de dez anos de idade estuprada pelo pai, aguardando fosse igual delito praticado contra as outras filhas mais jovens, para que só então se privasse o genitor desse direito”²⁹.

Essa segunda corrente ganha força com o advento da Lei 12.962/14 que, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, anuncia no seu art. 23, § 2º:

“A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha”.

Na hipótese de crime praticado contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar se incluem os casos de violência doméstica, não importa se do homem contra a mulher ou da mulher contra o homem. O indivíduo que agride a esposa grávida e lhe provoca, por exemplo, aceleração do parto, comete crime de lesão corporal de natureza grave, apenada com reclusão de um a cinco anos, e pode ser privado do exercício do poder familiar

espécie (reclusão ou detenção). Também não é necessário, no regramento civil, que o crime tenha sido praticado contra o próprio filho. O instituto, portanto, não se confunde com a **perda** do poder familiar, efeito específico da condenação.

28. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 554.

29. Ob. cit., p. 798.

sobre o filho nascido prematuramente em decorrência da agressão. Assim como a mulher que tenta matar o marido pode perder o poder familiar sobre os filhos do casal.

Da mesma forma, ex-cônjuges, ex-companheiros ou mesmo ex-namorados que exerçam o poder familiar sobre menores de idade, e que cometam crimes apenados com reclusão contra a outra pessoa que partilhe do mesmo poder, podem sofrer este efeito da condenação.

Outra situação abrange os crimes cometidos contra descendente que não o próprio filho, o que nos remete ao caso em que a vítima é filha de alguém também menor de idade. Imaginemos, por exemplo, um abuso sexual cometido pelo avô contra o neto de tenra idade, sendo este último filho de um adolescente de dezesseis anos, submetido ao poder familiar do agressor. Neste caso, a nova lei permite que o autor do crime perca o poder familiar em relação a seu filho. É possível ainda vislumbrar a perda do poder familiar quando alguém comete crime contra seu neto e tem também um filho menor de idade, embora não vinculado em relação de ascendência com a vítima. A depender da situação concreta, é possível que o juiz criminal conclua que a manutenção do poder familiar sobre o filho contraria seus interesses.

É interessante observarmos, por fim, que nesta última forma de perda do poder familiar exercido sobre pessoas não vitimadas diretamente pelo crime não se aplica a discussão já mencionada a respeito da extensão da perda a filhos que não tenham sido vítimas. No caso da perda do poder familiar diante de crimes cometidos contra descendente que não o próprio filho, essa discussão não tem cabimento porque a limitação proposta pela primeira corrente doutrinária tornaria inaplicável o efeito da condenação. Isto porque o poder familiar só é exercido pelos pais, como se extrai dos artigos 1.634 do Código Civil e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma, os avós não podem exercê-lo, cabendo-lhes, caso necessário, o exercício da guarda e da tutela. O que se pretende, portanto, com a redação dada pela Lei 13.715/18 é permitir a perda do poder familiar sobre menores de idade que não sejam vítimas diretas da conduta praticada pelo agente, mas que de alguma forma sejam colocados em risco por ela.

3.3. A inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso³⁰

A inabilitação para dirigir veículo utilizado como meio para a prática de crime doloso é também efeito extrapenal não automático estampado no art. 92, inc. III, do CP.

São requisitos desta consequência: **a)** condenação definitiva por crime doloso; **b)** veículo utilizado como instrumento do crime.

Nota-se que a inabilitação não se restringe aos veículos automotores, alcançando embarcações e aeronaves.

30. Não se confunde essa consequência da condenação com a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor, pena alternativa cumulativamente aplicada aos crimes de trânsito (culposos ou dolosos), previstos no Código de Trânsito brasileiro (Lei nº 9.503/97).

Paralelamente, o art. 278-A do Código de Trânsito Brasileiro, introduzido pela Lei 13.804/19, estabelece que o condutor que se utilize de veículo para a prática dos crimes de receptação, descaminho ou contrabando (arts. 180, 334 e 334-A do Código Penal), e que seja condenado por um desses crimes em decisão judicial transitada em julgado, terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de cinco anos.

Trata-se, portanto, de um outro efeito da condenação decorrente especificamente dos crimes de receptação, descaminho e contrabando cometidos com veículo automotor. Busca-se atingir de forma mais severa o motorista que se dedica a transportar para o Brasil produtos proibidos ou sobre os quais não há o recolhimento dos tributos devidos, bem como aquele que se presta a transportar de um lugar a outro mercadorias provenientes de crimes.

A inabilitação do art. 92 do CP deve ser motivada na sentença, ou seja, não é automática. E a do art. 278-A do CTB, segue a mesma regra ou decorre naturalmente da sentença condenatória?

A nosso ver, trata-se de efeito automático, pois enquanto o art. 92 do CP impõe expressamente a declaração dos motivos da inabilitação na sentença, o art. 278-A do CTB não somente deixa de fazer exigência semelhante como é formulado no modo imperativo: “o condutor [...] terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação”. Logo, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória por receptação, descaminho ou contrabando cometido com a utilização de veículo, o condenado terá sua habilitação cassada.

Pode haver controvérsia a respeito da aplicação da penalidade a motoristas profissionais, que, tendo a habilitação cassada, não podem mais exercer a profissão que lhes proporciona o sustento.

A nosso ver, é inquestionável a possibilidade de aplicar a cassação, a exemplo, aliás, do que já ocorre com a suspensão da habilitação para motoristas profissionais envolvidos em crimes culposos de trânsito. Há quem sustente que a pena de suspensão não pode ser aplicada contra o motorista profissional, mas o STJ se orienta em sentido diverso:

“O fato de o agravante ser motorista profissional não impede a aplicação da pena acessória de suspensão da habilitação, pois é justamente tal categoria que deveria agir com maior prudência no trânsito. 5. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os motoristas profissionais - mais do que qualquer outra categoria de pessoas - revelam maior reprovabilidade ao praticarem delito de trânsito, merecendo, pois, a reprimenda de suspensão do direito de dirigir, expressamente prevista no art. 302 do CTB, de aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade. Dada a especialização, deles é de se esperar maior acuidade no trânsito”.³¹

31. AgRg no REsp 1.744.154/CE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior j. 23/10/2018.

Ora, se a suspensão da habilitação é possível até mesmo em crimes de resultado involuntário, com muito mais razão deve ser admitida a cassação nas situações em que o motorista faz de sua profissão um meio para a prática de delitos.

Transcorrido o prazo de cinco anos, o condenado poderá requerer sua reabilitação, desde que se submeta a todo o procedimento estabelecido no Código de Trânsito para a habilitação de motoristas (art. 278-A, § 1º, CTB).

4. EFEITO DA CONDENAÇÃO NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

A legislação extravagante pode também cuidar das consequências da condenação. Apontamos, sem pretensão de exaurir a matéria, alguns diplomas que trazem previsões específicas e, pelo princípio da especialidade, devem ser aplicados.

4.1. Lei de Tortura

A Lei nº 9.455/97,³² em seu artigo 1º, §5º, prevê *“a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”* do torturador. Apesar de haver corrente em sentido contrário, prevalece que o presente efeito é **automático**, dispensando declaração do juiz sentenciante. O tema é pacífico perante os Tribunais Superiores: *“A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação”*.³³

4.2. Lei de Organização Criminosa

A Lei 12.850/13, no seu art. 2º, § 6º, cuida de importante efeito extrapenal da sentença penal definitiva, anunciando que a condenação acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo.³⁴ Como já ocorre na Lei de Tor-

32. A Lei nº 12.847/13 instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A Lei estabelece a criação de diversos mecanismos contra a tortura, como o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura- SNPCT, composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – CNPCT, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional.

33. STJ – Sexta Turma – AgRg no Ag 1388953 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 28/06/2013. No mesmo sentido: STJ – Sexta Turma – HC 47.846 – Rel. Min. Og Fernandes – DJe 22/02/2010.

34. Este dispositivo foi submetido a julgamento pelo STF, que o considerou constitucional: *“É compatível com o princípio da proporcionalidade, em sua acepção substancial, a previsão normativa de perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e da interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 anos subsequente ao cumprimento da pena, no caso em que funcionário público esteja envolvido com organizações criminosas (Lei 12.850/2013, art. 2º, § 6º). O Congresso Nacional, dentro do seu espectro de funções constitucionais e por questões de política criminal, delimitou o alcance do efeito automático da sentença penal condenatória aos funcionários públicos que pratiquem os crimes preceituados na lei impugnada, o qual se mostra plenamente justificável em razão da notável reprovabilidade da conduta desses agentes”* (ADI 5.567/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 20/11/2023).

tura, o efeito previsto é automático, dispensando motivação do magistrado sentenciante (diferente da regra geral estampada no art. 92, parágrafo único, do CP).

4.3. Lei nº 7.716/89 – Preconceito Racial

Ao definir os **crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**, este diploma previu como efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses (art. 16 da Lei).

Aqui o efeito **não é automático**, devendo ser devidamente declarado na sentença (com a respectiva motivação), nos termos do artigo 18 da Lei especial³⁵.

4.4. Lei de Lavagem de Capitais

A Lei nº 9.613/98, no art. 7º, II, prescreve como efeito da condenação a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no artigo 9º daquele diploma, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

O STJ tem decisões no sentido de que o efeito anunciado pelo art. 7º é **automático**:

“XIX - O art. 7º, II, da Lei n. 9.613/98 impõe como efeito automático da condenação pelo crime de lavagem de capitais, para além dos previstos no Código Penal, a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º da mesma Lei pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

XX - Diferentemente dos efeitos da condenação assinalados no art. 92 do CP, cuja aplicação exige motivação na sentença, nos termos da expressa ressalva feita no parágrafo único daquele dispositivo, os efeitos da condenação previstos no art. 7º da Lei n. 9.613/98 são automáticos e decorrem da própria condenação, independentemente da indicação de motivos para a incidência dessa consequência específica”.³⁶

4.5. Lei de Falência

Os crimes previstos nos artigos 168 a 178 da Lei nº 11.101/2005 terão como efeito da condenação:

(A) a inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

35. Desde a edição da Lei 14.532/23, insere-se entre os crimes de racismo a injúria cometida em razão de raça, cor, etnia e procedência nacional.

36. AgRg no REsp 1.840.416/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 06/10/2020.

(B) impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a Lei; e

(C) a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

O diploma consigna expressamente que os efeitos da condenação não serão automáticos, devendo ser motivados na sentença.

4.6. Lei nº 10.695 – alteração ao Código de Processo Penal

A lei nº 10.695/2003 inseriu no capítulo que trata dos crimes contra a propriedade imaterial o artigo 530-G, que dispõe:

“O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precipua-mente destinados à produção e reprodução dos bens, em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderão retorná-los aos canais de comércio.”.

4.7. Lei de Abuso de Autoridade

A Lei nº 13.869/19 dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Em seu art. 4º, a lei traz os efeitos da condenação aplicáveis especificamente ao abuso de autoridade:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;

II – a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;

III – a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

Como se percebe, nos incisos do art. 4º o legislador fundiu parte dos arts. 91 e 92 do CP, com o art. 387, IV, do CPP. Mesclou efeitos extrapenais genéricos com específicos, ambos convivendo com a antecipação da reparação de danos líquidos apurados no processo-crime. Acabou, ainda, mesclando efeitos automáticos com não automáticos.

Aliás, para estes, criou nova condicionante, qual seja, a reincidência em crimes de abuso de autoridade.³⁷

O primeiro efeito da condenação, trazido pela primeira parte do inciso I do art. 4º, diz respeito a tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Embora sejam independentes as esferas cível e penal, a sentença penal condenatória com trânsito em julgado evidencia, quando possível, o dano causado pelo agente mediante a prática de sua conduta típica, ilícita e culpável, gerando, pois, para a vítima, um título executivo de natureza judicial, conforme previsto pelo inciso VI do art. 515 do Código de Processo Civil.³⁸

Considerado como efeito automático da sentença penal condenatória com trânsito em julgado, não precisa ser declarado expressamente no *decisum*, pois deflui naturalmente da condenação.

A segunda parte do inciso I do art. 4º prevê, também, quando houver requerimento do ofendido nesse sentido, a fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos. Trata-se, agora, de um efeito específico, não automático da sentença penal condenatória, decorrente da prática de quaisquer dos crimes de abuso de autoridade, devendo, consequentemente, ser expressamente motivado pelo julgador. Na verdade, não havia necessidade de se fazer constar como efeito da condenação essa fixação de valor mínimo para reparação dos danos produzidos pela infração penal e experimentados pela vítima, pois já existe previsão dessa fixação mínima no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal.³⁹

No Código de Processo Penal, ao contrário do que ocorre na Lei de Abuso de Autoridade, não há necessidade de qualquer requerimento da vítima para que o juiz fixe esse valor mínimo de reparação dos danos. Como conciliar as duas previsões legais sobre o mesmo tema? Neste caso, deverá ser aplicado o princípio *lex specialis derogat generalis*, ou seja, tratando-se de crime de abuso de autoridade, somente se houver requerimento por parte da vítima é que o julgador deverá fixar esse valor mínimo para a reparação. Se a vítima não tiver feito expressamente o requerimento, caberá tão somente o direito a liquidar, no juízo cível, seu título executivo judicial, vale dizer, a sentença penal condenatória transitada em julgado.

O inciso II do art. 4º prevê como efeito específico, não automático, dependente de expressa motivação do julgador, a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

37. A Lei 13.869/19 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para nele inserir o art. 227-A, segundo o qual a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo em decorrência dos crimes tipificados no próprio ECA e praticados por servidores públicos com abuso de autoridade é condicionada à ocorrência de reincidência, sendo que a efeito da condenação independe da espécie e da quantidade da pena aplicada.

38. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VI – a sentença penal condenatória transitada em julgado.

39. Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

O inciso III trata da perda do cargo, do mandato ou da função pública. Pode o agente condenado pela prática de abuso de autoridade perder seu cargo, mandato ou função pública sem que, obrigatoriamente, se veja inabilitado para ocupar outro cargo, ou mesmo exercer mandato ou função pública. Os efeitos são, portanto, alternativos ou cumulativos, conforme o caso.

Em síntese:

Efeitos no Código Penal	Efeitos na Lei 13.869/19
Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.	Art. 4º São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;
Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;	Art. 4º São efeitos da condenação: (...) II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos; III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública.
Efeitos no Código Penal	Efeitos na Lei 13.869/19
b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.	Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do <i>caput</i> deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

Capítulo VI

REABILITAÇÃO

Sumário • 1. Conceito e Cabimento; 1.1 Assegurar sigilo das condenações; 1.2 Suspensão condicional dos efeitos extrapenais específicos da condenação (art. 92 do CP); 2. Requisitos; 3. Revogação; 4. Competência e recurso; 5. Reabilitação e pluralidade de condenações.

1. CONCEITO E CABIMENTO

Antes da reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, a reabilitação era prevista apenas no Código de Processo Penal, considerada causa extintiva da punibilidade.

Com a reforma do Código Penal, o instituto ganhou novos contornos, agora considerado medida jurídica, de política criminal, a garantir ao condenado o sigilo sobre o seu processo e condenação, com o condão, inclusive, de propiciar sua reinserção social, podendo também suspender determinados efeitos extrapenais específicos ordenados na sentença (art. 93 do CP).

O instituto da reabilitação, portanto, passou a ser disciplinado pelo Código Penal, nos arts. 93, 94 e 95, com a redação que lhes conferiu a Lei n. 7.209/1984, e pelo Código de Processo Penal, que trata do procedimento, revogados somente os artigos de aspectos materiais, colidentes com o Código Penal.

Reabilitação	
Código Penal	Código de Processo Penal
Cuida dos aspectos materiais do instituto (natureza jurídica, requisitos, causas de revogação)	Cuida dos aspectos processuais (competência, procedimento e recurso)
Arts. 93/ 95	Arts. 743/750

Notam-se, em suma, duas finalidades da reabilitação: **a)** assegurar o sigilo da condenação; **b)** suspender condicionalmente os efeitos específicos (secundários) da condenação previstos no art. 92 do CP.

1.1. Assegurar sigilo das condenações

De acordo com o art. 202 da Lei de Execução Penal, cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.¹

1. A Quinta Turma do STJ, em decisão unânime, deu provimento a recurso em mandado de segurança para que um homem, reabilitado criminalmente, pudesse obter certidão de “nada consta” para apresentar em convocação de concurso público: “(...) se o cidadão foi reabilitado, tem o direito de

☑ **Ora, se a LEP já assegura o sigilo, bastando o cumprimento ou extinção da pena, qual é a utilidade da reabilitação nesse ponto?**

Para **Rogério Greco**, com razão, nenhuma, ensinando ser:

“Muito mais vantajosa a aplicação imediata do art. 202 da Lei de Execução Penal após cumprida ou extinta a pena aplicada ao condenado do que esperar o decurso do prazo de dois anos do dia em que foi extinta a pena, ou terminar a sua execução, para solicitar a reabilitação. Verifica-se, portanto, que a orientação contida no *caput* do art. 93 do Código Penal cairá no vazio, pois o art. 202 da Lei de Execução Penal regula a mesma hipótese, só que de forma mais benéfica e menos burocrática para o condenado.”².

Cleber Masson discorda, enxergando nos dois dispositivos (arts. 93 do CP e 202 da LEP) diferenças quanto ao alcance do segredo:

“O sigilo assegurado pela reabilitação é mais amplo, pois as informações por ele cobertas somente podem ser obtidas por requisição (ordem), não de qualquer integrante do Poder Judiciário, mas exclusivamente do juiz criminal. É o que se extrai do art. 748 do Código de Processo Penal”³.

1.2. Suspensão condicional dos efeitos extrapenais específicos da condenação (art. 92 do CP)

Estudamos que a sentença penal condenatória pode produzir as seguintes consequências (extrapenais):

Art. 92: São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra

obter, perante a vara criminal, certidão negativa, para o fim de posse em concurso público, na qual não conste nenhuma referência à prévia existência de processo(s) no qual tenha sido reabilitado, já que nem sempre o destinatário da certidão consegue ler o seu conteúdo com o mesmo valor que aquela que informa 'Nada Consta', o que pode colocar em risco o exercício de direitos constitucionalmente garantidos, tais como o trabalho e a livre participação em certame público de provas e títulos. 5. Recurso provido, em parte, apenas para garantir ao recorrente o direito da obtenção de certidão de nada consta, perante a autoridade apontada como coatora, unicamente para a finalidade de apresentação dos documentos exigidos na convocação realizada no Concurso Público para o cargo de vigia do Município de Caraguatatuba” (RMS 52.714/SP, j. 07/03/2017).

2. Ob. cit., p. 668.

3. Ob. cit., p. 560.

outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018).

III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

O instituto presta-se para suspender tais efeitos.⁴ Entretanto, o art. 93, parágrafo único, anuncia que, nas situações dos incisos I (perda de cargo, função pública ou mandato eletivo) e II (incapacidade para o exercício do poder familiar tutela ou curatela), a reabilitação é parcial, vedando a reintegração na situação anterior.

Exemplo 1: JOÃO, condenado por peculato, perdeu o cargo público. Com a reabilitação, JOÃO pode voltar aos quadros da Administração Pública, mas depende de nova investidura (reabilitação parcial).

Exemplo 2: JOÃO, pai de três filhas, foi condenado pelo estupro da mais velha. Na sentença, o juiz julgou JOÃO incapaz de exercer o poder familiar. Depois de reabilitado, JOÃO pode voltar a exercer o poder sobre as filhas, porém jamais em face daquela vítima do estupro.

A reabilitação só é integral na hipótese do inciso III (inabilitação para dirigir veículo).

☒ **A reabilitação impede a reincidência de crime futuro?**

A medida da reabilitação não rescinde a condenação. Logo, permanecem todos os seus efeitos penais secundários, dentre eles, a reincidência.

2. REQUISITOS

Nos termos do artigo 94 do Código Penal, são requisitos (cumulativos) da reabilitação:

(A) O transcurso do período de dois anos desde o cumprimento ou a extinção da pena, computando-se o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, se não sobrevier revogação. Esse prazo é o mesmo, não importando se o condenado é primário ou reincidente;

(B) Domicílio do condenado no país pelo período anteriormente citado. **Bitencourt** critica este requisito:

*“A importância político-criminal da exigência de que o reabilitado tenha tido domicílio no país é de difícil compreensão. E, a nosso juízo, representa uma limitação indevida e desnecessária no *ius libertatis* do indivíduo, que, cumprida ou extinta a pena, tem o direito de locomover-se por onde, como e quando quiser. Temos sérias dúvidas quanto à constitucionalidade dessa obrigatoriedade”⁵.*

4. A condenação transitada em julgado acarreta a suspensão dos direitos políticos, como dispõe o art. 15, inc. III, da Constituição Federal. A retomada dos direitos políticos após a cessação dos efeitos da sentença condenatória não pressupõe a reabilitação, como dispõe a súmula 9 do TSE: “A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”.
5. Ob. cit., p. 936.

(C) Bom comportamento público e privado do condenado.

Segundo o STJ, embora o acordo de não persecução penal não tenha o efeito de gerar reincidência ou maus antecedentes, pode impedir a reabilitação com base no descumprimento deste requisito:

“[...] O art. 28-A, §12, do Código de Processo Penal estabelece que a celebração e o cumprimento do ANPP não serão registrados na certidão de antecedentes criminais. Assim, a celebração do acordo não implicará o registro de reincidência no histórico criminal do indivíduo.

Noutro vértice, o termo “bom comportamento público e privado”, constante no art. 94, II, do CPP, refere-se à conduta social e moral de um indivíduo, tanto em suas interações públicas quanto privadas. Ele engloba ações éticas, respeitosas e socialmente aceitáveis em todas as áreas da vida, independentemente de estar em um ambiente público, onde outras pessoas estão presentes, ou em situações privadas, mais íntimas e pessoais.

Dito isso, constata-se que o fato de o acordo de não persecução penal não gerar reincidência ou maus antecedentes não necessariamente implica o reconhecimento de “bom comportamento público e privado”, conforme estabelecido no art. 94, II, do CP, que se refere à conduta social e moral do indivíduo na sociedade.

No caso, apesar dos efeitos do ANPP decorrentes de suposto crime previsto no art. 171, §3º, do CP pelo recebimento indevido do benefício de auxílio emergencial, a avaliação do “bom comportamento” deve ser feita com base nas ações cotidianas do indivíduo. Logo, a ausência de bom comportamento devido ao seu indiciamento pelo crime de estelionato majorado por fraude eletrônica pode ser considerada como justificativa para negar o pedido de reabilitação”.⁶

(D) Ressarcimento do dano causado pelo crime ou comprovação da impossibilidade de fazê-lo, assim como a renúncia do ressarcimento pela vítima ou a novação da dívida.

Alerta Nucci:

“há quem entenda que, não encontrada a vítima, deve a reparação do dano ser consignada em juízo, o que não é efetivamente o espírito da lei. O critério de reparação do dano deve ser amplo e flexível, ainda que possa abranger atualização monetária, quando for o caso. Quando o crime não causar prejuízo – o que pode ocorrer em alguns casos, v.g., alguns crimes de perigo –, não há que se exigir tal requisito do condenado”⁷.

Na hipótese de indeferimento do pleito de reabilitação, o mesmo poderá ser renovado, a qualquer tempo, desde que seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários (art. 94, parágrafo único, CP).

6. REsp 2.059.742/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 28/11/2023.

7. *Código Penal Comentado*. Ob. cit., p. 510.

3. REVOGAÇÃO

A reabilitação segue o espírito da cláusula *rebus sic stantibus*. Uma vez concedida, pode ser revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa (art. 95 do CP).

4. COMPETÊNCIA E RECURSO

A competência para processar e julgar pedido de reabilitação é do **juiz da condenação**, consoante estabelece o artigo 743 do Código de Processo Penal⁸.

Quando indeferido o pedido, o pretenso reabilitado pode interpor recurso de apelação, com fundamento no artigo 593, II, do Código de Processo Penal. Da decisão que concede, caberá recurso de apelação (amparado no mesmo dispositivo) e o recurso de ofício, como dispõe o art. 746 do CPP (embora haja corrente doutrinária que ensina que o recurso oficial não foi recepcionado pela CF/88).

5. REABILITAÇÃO E PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES

Havendo pluralidade de condenações, a reabilitação só pode ser requerida após o transcurso do período de dois anos **a partir do cumprimento da última sanção penal**.

8. De fato, os dispositivos atinentes ao processo e julgamento da reabilitação devem seguir o CPP. Já os requisitos para a concessão da medida devem observar o CP (reformado em 1984) e não mais aqueles referidos no CPP (de 1941).

Capítulo VII

AÇÃO PENAL

Sumário • 1. Introdução; 2. Características do direito de ação; 3. Condições da ação; 4. Classificação da ação penal; 4.1. Ação penal pública incondicionada; 4.2. Ação penal pública condicionada; 4.2.1. Da representação do ofendido; 4.2.2. Da requisição do Ministro da Justiça; 4.3. Ação penal de iniciativa privada; 4.3.1. Ação penal exclusivamente privada; 4.3.2. Ação penal privada personalíssima; 4.3.3. Ação penal privada subsidiária da pública; 4.3.4. Institutos que ensejam a extinção da punibilidade nos crimes perseguidos mediante ação penal privada; 4.4. Ação penal nos crimes complexos (art. 101 do CP); 4.5 Ação penal nos crimes contra a honra; 4.6 Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

1. INTRODUÇÃO

Verificada a ocorrência de uma infração penal, inicia-se a persecução penal do Estado com a investigação preliminar, normalmente por meio do inquérito policial, que irá reunir elementos relativos ao fato criminoso e buscar apurar sua autoria.

Concluído o procedimento de investigação, sobre ele manifesta-se o titular do direito de agir (de promover a ação penal).

A ação penal pode ser conceituada como o direito de pedir (ou exigir) a tutela jurisdicional do Estado, visando a resolução de um conflito advindo de um fato concreto.

Cabe ao Poder Judiciário a importante tarefa de dirimir os litígios, mas sempre mediante provocação, nunca de ofício (daí a origem do direito de ação). Tal princípio da inércia da jurisdição é conhecido como *ne iudex procedat ex officio*.

Com a prática de uma infração penal surge para o Estado a pretensão punitiva concreta, que se formaliza por meio do direito de ação, cujo fundamento constitucional é o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A ação penal, legítima e amparada nos ditames constitucionais, é pressuposto de existência e validade para a aplicação da pena individualizada, que decorre unicamente do devido processo legal (*nulla poena sine iudicio* – CF, art. 5º, LIV).

2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE AÇÃO

O direito de ação é revestido por diversas características relevantes. Vamos apresentar cada uma delas:

(A) É um direito *público*: cuida-se de direito (processual) destinado a legitimar a atuação do Direito Penal, cuja titularidade para processar, julgar e executar as penas é do Estado;

(B) É um direito *subjetivo*: conta com um titular específico. No nosso sistema, o direito de ação pertence ao Ministério Público (nos casos de ação penal pública) ou à

vítima, seu representante legal ou sucessores (nos casos de ação penal privada, inclusive a subsidiária da pública);

(C) É um direito *abstrato*: independe do direito material invocado, ou seja, mesmo que na prática não seja caso nem de receber a inicial acusatória, a prestação da jurisdição indica que o direito de ação (direito de exigir do Estado-juiz uma resposta) foi exercido em sua plenitude;

(D) É um direito *autônomo*: independe da procedência ou improcedência do pedido;

(E) É um direito *específico* ou *determinado*: é atrelado a um caso concreto (jamais se exercita o direito de ação regularmente sem ter por base um *fato* punível concreto, que deve ser devidamente narrado e explicitado, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal).

O instituto da ação penal está previsto tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal (este dedicado aos aspectos processuais da matéria).

3. CONDIÇÕES DA AÇÃO¹

O direito de ação deve ser exercido regularmente. Esse exercício regular depende do preenchimento de algumas condições, que são chamadas “condições da ação”.

Vejamos cada uma dessas condições, divididas em gerais ou genéricas e especiais ou específicas:

(A) **Genéricas** são condições exigidas em todas as ações penais. A doutrina majoritária menciona três, embora haja quem sustente haver quatro:

(i) **Possibilidade jurídica do pedido**: o pedido formulado, isto é, o provimento jurisdicional solicitado, deve encontrar amparo no ordenamento jurídico. O fato narrado, em suma, tem que encontrar amparo no direito vigente. Faltando qualquer um dos requisitos do fato punível, o pedido é juridicamente impossível.

(ii) **Legitimidade *ad causam*** (para a causa): a legitimidade ativa pertence ao Ministério Público (na ação pública) ou à vítima (na ação privada); a passiva exige, em regra, pessoa (humana) que tenha 18 anos ou mais na data do fato (agente imputável)².

(iii) **Interesse de agir**: interesse significa necessidade, adequação e utilidade do provimento jurisdicional. No âmbito penal, o interesse de agir é inerente à ação penal (porque sem intervenção do juízo jamais se aplica pena criminal). Em cada caso concreto cabe

1. O renomado processualista Fredie Didier anuncia que, vigente o novo CPC, não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”. É que a impossibilidade jurídica do pedido passa a ser causa de decisão de mérito e não de inadmissibilidade. A legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passam a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais (ver: <http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>).

2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica foi discutida no capítulo inaugural da teoria geral do crime. Nessa oportunidade, alertamos ao leitor que o posicionamento majoritário no STJ é o de que, nos crimes ambientais, é admitida, independentemente de imputação simultânea a alguma pessoa física (STJ: RMS 39173/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 13/08/2015; STF: RE 548.181, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 19/06/2013).

ao juiz examinar, portanto, os aspectos pertinentes à adequação do provimento solicitado e sua utilidade (para dirimir o conflito);

(iv) **Justa causa:** significa presença de *fumus boni iuris*, isto é, lastro probatório mínimo. Caso uma ação penal (pública ou privada) venha a ser intentada sem nenhuma prova a respeito da existência do fato ou sobre a autoria, impõe-se sua rejeição liminar.

(B) **Específicas:** são condições especiais exigidas em determinadas ações penais, como a representação da vítima e a requisição do Ministro da Justiça.

Na falta de uma das condições acima mencionadas diz-se que o autor é carecedor da ação. A carência conduz à extinção do processo e arquivamento dos autos.

4. CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL

A classificação da ação penal se mostra importante por força das diferentes consequências jurídicas que lhe são inerentes, como seus legitimados, aspectos procedimentais, princípios próprios e prazos.

A ação penal no Brasil pode ser classificada, inicialmente, em: de iniciativa pública ou de iniciativa privada.

A ação penal de iniciativa pública é promovida pelo Ministério Público e pode ser incondicionada ou condicionada (à representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça)³.

A ação penal de iniciativa privada, por sua vez, subdivide-se em exclusivamente privada, personalíssima e subsidiária da pública.

Em resumo:

TIPOS DE AÇÃO PENAL					
AÇÃO PENAL PÚBLICA (DENÚNCIA)			AÇÃO PENAL PRIVADA (QUEIXA)		
Incondicionada	Condicionada a representação	Condicionada a requisição	Exclusiva ou propriamente dita	Personalíssima	Subsidiária da pública
Ministério Público.	Ministério Público (mediante representação do ofendido ou representante legal)	Ministério Público (mediante requisição do Ministro da Justiça)	Ofendido (ou seu representante legal).	Somente o ofendido.	Ofendido (ou seu representante legal).

3. Temos doutrina lembrando da ação penal *pública subsidiária da pública*, caso em que o Ministério Público Federal, constatando a inércia do Ministério Público estadual, pode agir, mesmo em crimes que não são, originariamente, da sua atribuição. Citam como exemplos, o Decreto-lei nº 201/67 (art. 2º, § 2º) e o Código Eleitoral (art. 357, §§ 3º e 4º). Prevalece, no entanto, que estes dispositivos não foram recepcionados pela CF/88.

✓ **Como saber qual ação penal a ser utilizada para perseguir a pena de determinado crime?**

Da simples leitura do art. 100 do CP, conclui-se: no silêncio da lei, a ação penal é pública incondicionada. Só será pública condicionada ou de iniciativa privada quando a lei expressamente assim determinar.

Vejam as várias espécies de ação penal.

4.1. Ação penal pública incondicionada

A ação penal de iniciativa pública incondicionada tem como titular o Ministério Público (Código de Processo Penal, art. 24; CP, art. 100; CF, art. 129, I).

A titularidade, no caso, é privativa. Embora a CF (art. 129, I) se refira à exclusividade deste órgão no ajuizamento da ação penal pública, certo é que há uma exceção (também constitucional): quando a ação penal pública não é intentada no prazo, pode a vítima promover a chamada ação penal privada subsidiária da pública, caso em que o particular supre a inércia do órgão público⁴.

A ação penal pública incondicionada é cercada pelos seguintes princípios:

(A) Oficialidade: o Ministério Público é órgão oficial (daí a oficialidade da ação penal pública).

(B) Obrigatoriedade ou legalidade processual: a maioria dos manuais ensina que, de acordo com esse princípio, o Ministério Público, presentes as condições da ação, é obrigado a agir, a ingressar com a ação penal, a não ser em determinados casos expressamente previstos em lei, como na possibilidade de transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 76 da Lei 9.099/95)⁵. Para uma corrente mais moderna, não sem razão, a obrigatoriedade deve ser relativizada, não podendo ser vista como uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade.

O promotor de Justiça Rodrigo Cabral⁶ alerta que a ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder.

4. Não foram recepcionados os arts. 26 e 531, ambos do Código de Processo Penal, que previam o chamado “processo judicialiforme”. Antes da Constituição de 1988, o juiz e o delegado de polícia podiam iniciar a ação penal nas contravenções, o que não é mais possível em razão da modificação do cenário jurídico imposta pela nova ordem constitucional.

5. Importante ressaltar que a homologação da transação penal, prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995, não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia (Súmula vinculante 35). Se, oferecida a proposta, houver alteração das circunstâncias que permitiam a medida despenalizadora, é possível ao Ministério Público reconsiderá-la e oferecer a denúncia, sem que se cogite de preclusão, como decidiu o STJ (AgRg no RHC 88.337/RJ, DJe 19/06/2018).

6. *Acordo de não persecução penal – Um panorama sobre o acordo de não persecução penal*. 1ª. ed. Salvador: Ed. Juspodivm. 2018 p. 40.

Assim, tal interpretação deixa claro que o Ministério Público não pode conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas. Tem o promotor de Justiça o dever de agir. Mas como agir? A resposta vai depender da política criminal eventualmente adotada pela instituição. Agir pode ser oferecendo transação penal ao autor de uma infração de menor potencial ofensivo (art. 76 Lei 9.099/95). Ou propondo acordo de não-persecução penal (art. 28-A CPP). Ou, por fim, ajuizando a ação penal (denúncia-crime). Em qualquer caso, contudo, o Ministério Público agiu, buscando a solução mais promissora para tornar nosso sistema penal um pouco mais efetivo e com respostas mais adequadas.

(C) Indisponibilidade: o Ministério Público não pode desistir da ação penal proposta (Código de Processo Penal, art. 42), nem do recurso interposto (Código de Processo Penal, art. 576). Pode, entretanto, requerer a absolvição do réu (seja em primeira instância, seja no plenário do júri, seja em segunda instância) e renunciar à interposição de eventual recurso (renúncia não se confunde com desistência). Exceção ao princípio da indisponibilidade é a possibilidade de o Ministério Público propor ao denunciado o benefício da suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95).

(D) Intranscendência: a ação penal somente pode ser proposta contra o autor do crime, desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena (que não pode passar da pessoa do condenado).

(E) Indivisibilidade: apesar de muitos ensinarem que este é o princípio que vigora na ação penal pública incondicionada, **Norberto Avena** discorda, lecionando vigorar nesta espécie de ação penal a divisibilidade:

“havendo mais de um suposto autor do crime, nada impede que venha o Ministério Público a ajuizar a ação penal apenas em relação a um ou alguns deles, relegando-se tal propositura quanto aos demais, para momento posterior. Esse procedimento do Ministério Público pode justificar-se tanto na necessidade de serem buscados maiores elementos para amparar o processo penal em relação aos investigados que não constaram no pólo passivo da inicial, como em questão de estratégia processual”⁷.

A ação penal pública inicia-se com o recebimento da denúncia (peça acusatória subscrita pelo órgão de execução do Ministério Público), quando o indiciado no inquérito policial passa a ser designado como réu ou acusado.

A denúncia, no entanto, para ser validamente recebida, deve observar os requisitos expostos no art. 41 do Código de Processo Penal (exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, identificação do acusado, classificação jurídica do fato punível, rol de testemunhas, quando necessário).

4.2. Ação penal pública condicionada

Sendo de iniciativa pública, nesta modalidade de ação a titularidade continua sendo do Ministério Público, que, entretanto, não pode agir de ofício, pois depende da prévia

7. *Processo Penal Esquematizado*, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 165.

manifestação de vontade do ofendido ou do Ministro da Justiça, de acordo com o que estatuem os arts. 24 do Código de Processo Penal e 100 do Código Penal.

Tanto a representação quanto a requisição, de acordo com o posicionamento majoritário, são condições específicas de *procedibilidade* (sem elas, o processo não pode ter início).

Esta espécie de ação penal (pública condicionada) é cercada dos mesmos princípios da incondicionada. Como, no entanto, o Ministério Público não pode agir sem o pedido-autorização (representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça), entendemos existir um misto de oportunidade e obrigatoriedade. Referidos personagens (vítima e Ministro da Justiça) provocam o órgão estatal se entenderem oportuno e conveniente. Provocado, o Ministério Público, presentes as condições da ação, é obrigado a agir, a ingressar com a ação penal.

4.2.1. Da representação do ofendido

A representação deve ser oferecida perante a autoridade policial, o Ministério Público ou o juiz, pelo ofendido ou por procurador com poderes especiais.

A única exigência no que concerne à forma da representação, é que seja *escrita* (se for oral, que seja reduzida a escrito), sem a necessidade de observar outras formalidades.

Basta, dessa forma, a manifestação inequívoca de vontade de querer ver o autor do crime sendo processado pelo Estado para, ao final, ser responsabilizado criminalmente.

A desnecessidade de se observar forma específica na representação é pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não há um formulário específico a ser preenchido, nem um padrão com texto obrigatório: basta qualquer manifestação escrita no sentido de querer representar.

Ensina **Edilson Mougenot Bonfim** que:

“A determinação do art. 39, § 2º, do Código de Processo Penal, no sentido de que a peça deve conter todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria, não constitui exigência formal para que se repute válida a representação. De fato, a representação não precisa sequer ser expressa. A simples circunstância de que o ofendido se dirija à delegacia relatando a existência dos fatos criminosos demonstra sua concordância, podendo ser tomada como exercício da representação. A norma insculpida no referido § 2º constitui tão-somente, assim, ‘norma ritual’, nas palavras de Hélio Tornaghi. A representação, como mera autorização para que se proceda à investigação de um fato criminoso, não tem, por si só, essência investigativa, de modo que a circunstância de que não seja ela acompanhada de todas as informações necessárias para a apuração do fato não lhe pode acarretar nulidade”⁸.

8. *Curso de Processo Penal*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“Quando a ação penal pública depender de representação do ofendido ou de seu representante legal, tal manifestação de vontade, condição específica de procedibilidade sem a qual é inviável a propositura do processo criminal pelo *dominus litis*, não exige maiores formalidades, sendo desnecessário que haja uma peça escrita nos autos do inquérito ou da ação penal com *nomen iuris* de representação, bastando que reste inequívoco o seu interesse na persecução penal (*ut*, RHC 62.405/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 09/11/2016)”⁹

Nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95), deveria a representação ser oferecida em juízo, tendo em vista o texto do art. 75 da Lei nº 9.099/95: “Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo”.

Na prática, entretanto, a manifestação da vontade tem ocorrido na fase policial (no termo circunstanciado) e a iniciativa vem sendo aceita sem maiores questionamentos, especialmente em razão da informalidade que rege os juizados especiais e da inexistência de forma rígida para veicular a manifestação da vontade.

Quanto à *legitimidade* para representar, temos:

(A) Quando a vítima for menor de 18 anos, somente o seu representante legal pode oferecer a representação: se a vítima não tem pai nem mãe, representa quem tem a guarda fática ou jurídica da criança ou adolescente.

(B) Se seus interesses colidem com os dos pais, nomeia-se curador especial. Note-se que de acordo com a maioria da doutrina, o curador nomeado não é obrigado a oferecer a representação, mas deve analisar o seu cabimento em consonância com os interesses do menor de 18 anos.

Neste sentido, **Tourinho Filho**:

“De se observar, ainda, que a nomeação de curador especial, pelo Juiz, não cria para aquele a obrigação de fazer a representação; deve o curador, isto sim, ponderar a conveniência de agir, só o fazendo se julgar oportuno. Do contrário, a representação tornar-se-ia obrigatória nesse caso, o que seria absurdo.”¹⁰

Se a criança ou adolescente não tem nenhum representante, também nomeia-se curador especial.

9. AgRg no AREsp 1.411.657/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27/08/2019. Apesar de ainda seguir a orientação que dispensa formalidades para representar, o STJ decidiu que o comparecimento da vítima em virtude de mandado de intimação expedido pela autoridade policial, sem que seja colhida a manifestação expressa do interesse de representar, não configura representação para fins penais (REsp 2.097.134/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 21/11/2023).

10. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 366.

☑ **E no caso de vítima com 17 anos casada, quem representa?**

Não há solução legal para a situação. Duas possibilidades são colocadas pela doutrina: 1) nomeia-se curador; 2) aguarda-se a vítima completar 18 anos e conta-se a decadência a partir desse dia. Essa é a melhor solução, a que melhor respeita a autonomia da vítima.

A pessoa jurídica, quando vítima de um delito, também pode oferecer representação, que será subscrita por quem o estatuto ou o contrato social indicar para responder pela sociedade em juízo ou, em caso de silêncio, por quem detiver poder de administração.

(C) Vítima maior de 18 anos: exclusivamente ela pode representar. Por força do Código Civil vigente, a capacidade civil plena se inicia aos 18 anos, razão pela qual não existe mais a dupla titularidade no caso de vítima maior de 18 a menor de 21 anos.

Diante disso, a súmula 594 do Supremo Tribunal Federal perdeu sentido. Seu texto dizia: “Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”.

Importante sublinhar que essa súmula só regia a situação da dupla titularidade do direito de queixa ou de representação, daí concluir-se por sua inaplicação.

(D) No caso de morte da vítima (ou se ela foi declarada ausente por decisão judicial), o direito de representar passará ao cônjuge (ou companheiro), ascendente, descendente ou irmão (Código de Processo Penal, art. 24, § 1º).

Embora não haja disposição expressa, em razão do que dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição da República, deve-se entender possível também o exercício desse direito de representação pelo companheiro da união estável.

A representação não vincula o Ministério Público, titular privativo da ação penal, no que concerne à *opinio delicti*, pois ao órgão do *parquet* cabe analisar se os fatos apurados permitem o oferecimento da denúncia. Ou seja, mesmo que a vítima representar pela instauração da ação penal, sem os elementos probatórios mínimos, não há como o representante do Ministério Público oferecer a denúncia, sob pena de ser rejeitada pelo juiz, com base no art. 395 do Código de Processo Penal.

É possível que a vítima se retrate da representação até o oferecimento (não recebimento) da denúncia, conforme dispõem os arts. 25 do Código de Processo Penal e 102 do CP.

Da mesma forma, é possível que a vítima reconsidere a retratação, manifestando a vontade de ver processado o agente, desde que, obviamente, isto ocorra dentro do prazo decadencial.

No que concerne à representação na hipótese de coautoria, em que só tenha havido menção a um dos autores do fato criminoso, é possível ao Ministério Público denunciar todos os que concorreram para a infração penal, fenômeno conhecido como critério de extensibilidade da denúncia. Neste sentido, explica **Norberto Avena**:

“A representação não se dá em relação a este ou àquele autor do delito, mas se refere ao fato praticado. Assim, perpetrado, em concurso de agentes, determinado crime de ação penal pública condicionada,

ainda que oferecida representação nominal apenas em relação a um dos autores, aos outros se estenderão seus efeitos, legitimando o Ministério Público a ingressar com ação penal contra todos”¹¹.

O prazo para representação é de seis meses, contado do dia em que o ofendido (ou seu representante legal) vier a saber quem é o autor do crime. Trata-se de prazo decadencial, que, portanto, não se prorroga, não se suspende e não se interrompe.

4.2.2. Da requisição do Ministro da Justiça

Há hipóteses em que a lei brasileira exige, para o início da ação penal, manifestação formal do Ministro da Justiça, que ocorre em alguns poucos casos:

(A) Nos crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7º, § 3º, *b*, CP);

(B) Nos crimes contra a honra praticados contra Chefe de Governo estrangeiro (art. 141, I, c.c. o parágrafo único do art. 145 do CP);

(C) Nos crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República (art. 141, I, c.c. o parágrafo único do art. 145 do CP).

Em sentido corrente, requisição significa exigência (por exemplo: requisição de abertura de inquérito pelo Ministério Público – Código de Processo Penal, art. 5º). Mas quando nos referimos à requisição do Ministro da Justiça como condição de procedibilidade, a palavra requisição tem outro sentido: o de permitir a ação penal, o de autorizar a persecução penal.

O representante do Ministério Público, por conseguinte, ao receber a requisição que lhe é dirigida pelo Ministro da Justiça pode oferecer denúncia (se dispuser de dados suficientes), requisitar abertura de inquérito policial (se os elementos são insuficientes), promover o seu arquivamento ou requisitar documentos e informações de quem de direito (Código de Processo Penal, art. 47).

A natureza jurídica da requisição deve ser compreendida sob dois ângulos:

(i) Processual: tem natureza de condição específica de procedibilidade;

(ii) Administrativo: é um ato administrativo e político, daí sua facultatividade, cabendo ao Ministro da Justiça avaliar a conveniência política e a oportunidade de requerer (requisitar) a responsabilização penal do autor do fato por eventual ataque ao Presidente da República.

Ao contrário da representação, a requisição não se submete a prazo decadencial, razão pela qual pode ser feita a qualquer tempo, respeitado, obviamente, o prazo prescricional.

A lei processual não se refere à hipótese de retratação por parte do Ministro da Justiça. Há certa discussão doutrinária a respeito do tema.

11. Ob. cit., p. 167.

Mirabete, reconhecendo a controvérsia, leciona ser impossível a retratação do Ministro da Justiça:

“Mesmo porque não contempla a lei expressamente, como o faz na hipótese de representação, a possibilidade de revogação do ato de iniciativa do ministro. Aliás, embora seja ela um ato administrativo e inspirado por razões de ordem política, a requisição deve ser um ato revestido de seriedade e não fruto de irreflexão, leviana afoiteza ou interesse passageiro”¹².

Em sentido diverso, sustenta **Guilherme de Souza Nucci**:

“É verdade que a lei menciona ser retratável, até a oferta da denúncia, apenas a representação, embora não vejamos qualquer óbice de se aplicar, por analogia, o mesmo dispositivo à requisição. Note-se que esta é apresentada em função de ato puramente discricionário e da conveniência política do Poder Executivo, razão pela qual, sob o mesmo argumento, poderia haver a retratação, desde que a denúncia não tenha sido oferecida e até que haja a extinção da punibilidade do agente. Se o particular pode retratar-se da representação já formulada, quais razões impediriam o Ministro da Justiça de fazê-lo? Seriedade é justamente evitar uma ação penal, que, por critérios de variadas origens, torna-se inconveniente, devendo não se manter a requisição pelo simples aforismo de que já foi formulada. Ademais, até o Ministro da Justiça pode ter deixado o cargo, razão pela qual a orientação pode ser outra”¹³.

Se duas (ou mais) pessoas cometerem crime contra o Presidente da República, prevalece bastar o Ministro da Justiça requisitar a responsabilidade de um deles. O Ministério Público, fiscal da indivisibilidade da ação penal, incluirá na denúncia todos os autores que, de qualquer modo, concorreram para o crime.

4.3. Ação penal de iniciativa privada

Na ação penal de iniciativa privada, o titular do direito de agir é o ofendido (quando conta com capacidade processual) ou seu representante legal (Código de Processo Penal, art. 30).

Trata-se, no caso, de substituição processual, em que o ofendido age em nome próprio defendendo interesse alheio (que é o direito de punir do Estado).

Pode ser de três espécies: **a)** exclusivamente privada; **b)** personalíssima; **c)** subsidiária da pública.

4.3.1. Ação penal exclusivamente privada

A ação penal privada exclusiva é exercida por meio da queixa-crime, peça acusatória que inicia o processo penal.

12. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 366.

13. *Código de Processo Penal Comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 133.

A queixa está para a ação privada como a denúncia está para a ação pública.

Os requisitos da queixa (art. 41 do Código de Processo Penal) são os mesmos já analisados para a denúncia.

Dessa forma, a queixa que não apresenta todos os requisitos legais é considerada inepta e deve ser rejeitada por inépcia formal.

De outro lado, queixa que não conta com justa causa (provas mínimas do fato e de autoria) deve ser rejeitada por inépcia material.

A ação penal privada é balizada por princípios próprios e comuns à ação penal pública. São eles:

(A) Princípio da oportunidade ou da conveniência: a vítima ingressa com queixa se quiser, ausente qualquer obrigatoriedade;

(B) Princípio da disponibilidade: a vítima pode dispor da ação penal privada por meio de institutos próprios (adiante estudados) que ensejam a extinção da punibilidade do Estado;

(C) Princípio da indivisibilidade: a vítima não pode escolher o réu, ou seja, deve mover a ação penal contra todos os autores conhecidos ou contra ninguém¹⁴;

(D) Princípio da intranscendência: a ação não pode passar da pessoa do delinquente (porque a pena não pode passar da pessoa do condenado).

Quanto à **legitimidade** para oferecer a queixa-crime, praticamente tudo quanto foi dito em relação à legitimidade para representar tem valor aqui. Vejamos:

(A) Quando a vítima for menor de 18 anos: só representante legal;

(B) Vítima maior de 18 anos: exclusivamente a vítima;

(C) No caso de morte da vítima (ou se ela foi declarada ausente por decisão judicial), o direito de oferecer queixa passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (Código de Processo Penal, art. 31). Considere-se que agora também o companheiro ou companheira conta com o mesmo direito;

(D) Direito de preferência: a preferência se dá na ordem da lei: cônjuge ou companheiro/a, ascendente, descendente ou irmão. Queixa proposta por um deles, afasta o direito dos subsequentes.

(E) Ação privada proposta por pessoa jurídica: é possível, por ex.: no crime de difamação. Quem oferece queixa é o representante legal da empresa, nos mesmos termos da representação.

14. Com base neste princípio, o STF determinou a extinção da punibilidade em feito no qual o querelante processava um parlamentar pelos crimes de calúnia e difamação em razão de lhe terem sido imputados fatos desonrosos por meio de ampla divulgação na internet, prática para a qual concorreram diversas pessoas, não incluídas na queixa-crime. Para o tribunal, a não inclusão no polo passivo de todos os que concorreram para os crimes caracteriza ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal privada (Inq 3526/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 02/02/2016).

Se a vítima for pobre, cabe à Defensoria Pública promover a ação penal privada, de acordo com o que dispõe o art. 4º da Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/09. Considera-se pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família (Código de Processo Penal, art. 32, § 1º) e será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido (Código de Processo Penal, art. 32, § 2º).

O Código de Processo Penal prevê o pagamento de custas processuais no art. 806. No Estado de São Paulo também é prevista a cobrança de custas nas ações penais privadas (Lei Estadual 11.608, de 29.12.2003).

Quanto aos honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela sua incidência na ação penal privada:

“É possível haver condenação em honorários advocatícios em ação penal privada. Conclusão que se extrai da incidência dos princípios da sucumbência e da causalidade, o que permite a aplicação analógica do art. 20 do Código de Processo Civil, conforme previsão constante no art. 3º do Código de Processo Penal”¹⁵.

O Ministério Público, na ação penal privada, participa como fiscal da lei. Por isso, é possível que adite a queixa em relação a aspectos formais. Reina na doutrina o dissenso a respeito da possibilidade de o Ministério Público aditar a queixa para incluir outro agente.

Para alguns, agindo como fiscal da lei e zelando pela indivisibilidade da ação penal, poderá o membro do Ministério Público incluir novo réu mediante aditamento. Neste sentido, leciona **Tourinho Filho**:

“Se a queixa em relação a um ‘obrigará ao processo de todos’, parece óbvio que todos devem ser postos no pólo passivo da relação processual. E essa tarefa, nos termos dos arts. 48, 46, § 2º e 45 do Código de Processo Penal, compete ao Ministério Público, fazendo o aditamento”¹⁶.

Outros, no entanto, sustentam que o Ministério Público não pode aditar a queixa para esta finalidade, pois que se trata de legitimidade exclusiva da vítima para agir. Neste caso, a exclusão de um dos agentes caracterizaria renúncia ao direito de queixa sobre ele, o que redundaria na renúncia também em relação ao querelado, em razão do disposto no art. 49 do Código de Processo Penal.

Por fim, há os que sustentam ser impossível o aditamento, mas não a determinação, pelo órgão do *parquet*, para que o querelante se manifeste a respeito de sua omissão. Neste sentido, **Norberto Avena**, segundo o qual:

15. STJ – AgRg no REsp 1218726/RJ – Rel. Min. Sebastião Reis Junior – DJe 22/02/2013.

16. Ob. cit., p. 462.

“Não será lícito ao Ministério Público aditar a queixa para nela incluir outros defensores, por importar em intromissão indevida na legitimação exclusiva do ofendido. Assim, para os defensores desta linha de pensamento, a referência de que o Ministério Público velará pela indivisibilidade não significa aditar no lugar do querelante, mas tão-só promover junto ao magistrado que seja aquele instado a incluir o co-autor ou partícipe faltante sob pena de ser reconhecida a ocorrência da renúncia tácita à ação penal”¹⁷.

O prazo para ingressar com a ação penal privada é de seis meses, contado do dia em que se sabe quem foi o autor do fato.

Trata-se, assim como na representação, de prazo decadencial, que não se prorroga, não se interrompe e não se suspende.

Há exceções legalmente previstas, como no caso do induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236 do CP), em que o prazo se inicia a partir do trânsito em julgado da sentença que anula o casamento. Bem assim, no caso do art. 184, caput, do CP, em que se procede mediante queixa, os arts. 529 e 530 do Código de Processo Penal impõem o prazo de 30 dias após a homologação do laudo pericial¹⁸ ou de 8 dias, no caso de prisão em flagrante.

Há divergência no que concerne à cessação do prazo decadencial se proposta a ação penal privada perante juízo incompetente.

Norberto Avena expõe o assunto da seguinte forma:

“Entendemos, porém, que deverá haver a interrupção do prazo decadencial, tal qual tivesse a ação penal sido deduzida no juízo competente, pois, apesar do equívoco no ajuizamento, é certo que o ofendido não se manteve inerte no prazo legal. E a inércia é o fundamento da decadência do direito na ação penal privada. Assim, constatando não ser competente, deverá o magistrado encaminhar a inicial acusatória ao juízo que o seja, para que lá seja recebida e processada a queixa-crime, independente da circunstância eventual

17. Ob. cit., p. 178.

18. A Sexta Turma do STJ decidiu que o prazo decadencial de seis meses (regra geral) não é prejudicado pelo prazo especial do art. 529 do CPP. Portanto, a partir do momento em que sabe quem é o autor do crime, a vítima tem seis meses para ajuizar a queixa. Nesse período, deve ser homologado o laudo pericial, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo especial de trinta dias: “1. É possível e adequado conformar os prazos previstos nos arts. 38 e 529, ambos do CPP, de modo que, em se tratando de crimes contra a propriedade imaterial que deixem vestígio, a ciência da autoria do fato delituoso dá ensejo ao início do prazo decadencial de 6 meses, sendo tal prazo reduzido para 30 dias se homologado laudo pericial nesse interim. 2. A adoção de interpretação distinta, de modo a afastar o prazo previsto no art. 38 do CPP em prol daquele preconizado no art. 529 do CPP, afigura-se desarrazoada, pois implicaria sujeitar à vontade de querelante o início do prazo decadencial, vulnerando a própria natureza jurídica do instituto, cujo escopo é punir a inércia do querelante” (REsp 1.762.142/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13/04/2021).

de, ao aportar naquele juízo a ação penal, já se ter esgotado o prazo de seis meses”¹⁹.

Assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

“Decadência. Queixa oferecida dentro do prazo mas perante juízo incompetente ‘ratione loci’. Irrelevante tal circunstância para o efeito de contagem do prazo decadencial. O que importa é a data do início da ação penal, ou seja do oferecimento da queixa-crime em juízo e não a do seu recebimento. Nulidade por incompetência do juízo só atinge os atos decisórios (art. 567, do Código de Processo Penal) e não os atos de instrução e seguimento. ‘In casu’, não se configurou a decadência. Recurso improvido” (RHC 63665/RS – Rel. Min. Djaci Falcão – j. 01/04/86).

4.3.2. Ação penal privada personalíssima

A diferença básica existente entre esta modalidade e a anterior reside na titularidade. Aqui, o direito de agir é atribuído única e exclusivamente à vítima. Não há, em nenhuma hipótese, a substituição do titular da ação penal. No caso de morte do ofendido, extingue-se a punibilidade. Se o ofendido for incapaz, deve-se aguardar a cessação da causa da incapacidade para que ele próprio ajuíze a ação penal.

Norberto Avena traz interessante questão:

“Tomando-se por base o crime do art. 236 do CP, já que é a única hipótese de ação penal personalíssima no direito brasileiro, como fica a situação do contraente com 17 anos de idade que tenha sido enganado pelo outro cônjuge de forma a configurar as figura típica em exame? Não se duvida de que o casamento importa em emancipação, conforme reza o art. 5º, parágrafo único, inciso II, do Código Civil. Inobstante essa circunstância, é certo que a emancipação derivada do casamento subsiste tão-somente para os fins civis e não para os fins do direito processual penal. Nesta órbita, com efeito, o casamento não supre a incapacidade, continuando a vedação do emancipado para prática de atos processuais penais que exigem a idade de 18 anos como, por exemplo, para promover a ação penal. Assim, no caso de art. 236 do Código Penal, se o contraente enganado possuir idade inferior a 18 anos, a ação não poderá ser proposta por ele, pois não tem capacidade processual (ou seja, legitimidade para praticar atos válidos no processo), e nem tampouco poderá ele ser representado por outrem em face da natureza personalíssima da ação penal privada neste caso. Deverá, então, aguardar os 18 anos de idade, para somente após ajuizar a ação. Até lá, evidentemente, não correrá o prazo decadencial de seis meses (art. 38 do Código de Processo Penal)”²⁰.

19. Ob. cit., p. 177.

20. Ob. cit., p. 193.

4.3.3. Ação penal privada subsidiária da pública

Ação penal privada subsidiária da pública é aquela proposta pelo ofendido por meio de queixa nos crimes de ação pública, quando esta não for intentada no prazo legal pelo Ministério Público, titular privativo²¹.

Cumpra ressaltar, como já fizemos anteriormente, que o fato de o Ministério Público, ao receber o inquérito, determinar a realização de diligências, ultrapassando o prazo para o oferecimento da denúncia, não permite o ajuizamento da queixa subsidiária, pois não se trata de inércia neste caso. De igual forma, se o órgão do *parquet* promover o arquivamento do inquérito policial.

É possível a renúncia do titular da queixa substitutiva, fato, porém, que não impede o órgão do Ministério Público de oferecer denúncia, iniciando a ação penal pública (art. 29 do Código de Processo Penal).

Vê-se, pois, que se trata de ação facultativa, a ser exercida pela vítima no prazo decadencial de seis meses. Conta-se este prazo a partir da data em que termina o prazo da denúncia para o Ministério Público. Note-se que se a vítima não ajuizar a ação penal subsidiária no prazo de seis meses, não haverá impedimento para que o Ministério Público o faça, até que se transcorra o prazo prescricional.

Na ação penal privada subsidiária, o Ministério Público tem os seguintes poderes:

(A) Pode, desde logo, repudiar a queixa; nesse caso, todavia, passa a contar com a obrigação de oferecer denúncia substitutiva. Denúncia substitutiva, portanto, é a que deve ser oferecida pelo Ministério Público no lugar da ação penal privada subsidiária (Código de Processo Penal, art. 29) que foi refutada (repudiada);

(B) Se o Ministério Público não repudiar a queixa subsidiária ele pode: aditá-la (com totais poderes de incluir novos autores, novos fatos etc.), intervir em todos os termos do processo, fornecer provas ou indicações delas e interpor recursos;

(C) De outro lado, se o querelante negligenciar, deve o Ministério Público retomar a ação como parte principal.

Se o Ministério Público entender que não há base (justa causa) para a ação penal, deve discordar da queixa apresentada e manifestar no sentido da sua rejeição.

No caso de vítima pobre, à Defensoria Pública cabe promover a ação penal privada subsidiária da pública, nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, desde que já tenha sido criada e estruturada, caso contrário, a titularidade continua com o Ministério Público.

21. A ação penal privada subsidiária da pública é um **direito fundamental do cidadão**. Trata-se de garantia constitucional prevista no artigo 5º, LIX, da CF/88 e representa um verdadeiro controle do órgão ministerial, de forma a evitar que este deixe de atuar, dando a faculdade ao ofendido de exercer a sua pretensão nos casos em que o *parquet* incorre em desídia.

4.3.4. Institutos que ensejam a extinção da punibilidade nos crimes perseguidos mediante ação penal privada

Ainda no que concerne à ação penal privada, há certos institutos que ensejam a extinção da punibilidade, todos já analisados no capítulo respectivo. São eles a decadência, a renúncia, o perdão do ofendido e a perempção. Vamos, aqui, apenas recordar seus conceitos.

(A) Decadência

A decadência é causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107, inc. IV, do CP e consiste na perda do direito de ação em razão de não ter se iniciado a ação penal no prazo legal pelo querelante.

Em regra, a decadência se opera após o decurso de seis meses, prazo contado do dia em que se sabe quem foi o autor do fato. No caso da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, tem como termo inicial o dia em que se esgota para o Ministério Público o prazo para o oferecimento da denúncia.

O instituto da decadência, essencialmente processual, recai diretamente sobre o direito de ação, atingindo somente por via reflexa o direito material.

Conforme já tivemos a oportunidade de ressaltar, o curso do prazo decadencial não é interrompido, suspenso ou prorrogado em nenhuma hipótese.

A decadência, na ação penal privada subsidiária da pública, não extingue a punibilidade, apenas impede o ofendido de agir em substituição ao Ministério Público, órgão este que não perde o direito de agir.

(B) Renúncia

A renúncia ao direito de queixa vem prevista inicialmente no art. 49 do Código de Processo Penal e se trata de instituto decorrente do princípio da oportunidade, traduzindo o exercício facultativo da ação por parte do seu titular.

Por renúncia entende-se o ato unilateral do ofendido ou de seu representante legal, abdicando do direito de promover a ação penal privada, extinguindo-se, assim, a punibilidade do Estado, sempre antes do início da ação penal.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. A expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 Código de Processo Penal). Importa renúncia tácita a prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa (ex: jantar o ofendido na casa do ofensor, após a prática do crime); não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (art. 104, parágrafo único).

Note-se que em se tratando de infração de menor potencial ofensivo perseguida mediante ação penal privada ou pública condicionada, a composição civil entre as partes, devidamente homologada, acarreta a renúncia tácita ao direito de queixa ou de representação do ofendido (art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).

De acordo com o que estatui o já mencionado art. 49 do Código de Processo Penal, a renúncia em favor de um coautor estende-se a todos. Em razão do princípio da indivisibilidade da ação penal privada, no caso de concurso de agentes, a renúncia ao direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos estenderá, importando em abdicação tácita (critério da extensibilidade da renúncia).

Essa regra não se aplica na hipótese em que, dentre várias vítimas, uma delas renuncia. A renúncia, neste caso, não se estende às outras, pois cada ofendido é titular de seu direito de queixa.

Na ação penal privada subsidiária da pública, é possível a renúncia, mas não afeta o direito de o Ministério Público agir (não ocorrendo a extinção da punibilidade).

(C) Perdão

O perdão do ofendido também é um instituto decorrente do princípio da disponibilidade da ação penal privada, autorizando o ofendido a abrir mão da ação já instaurada. É o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal desiste de prosseguir com o andamento de processo já em curso, desculpando o ofensor pela prática do crime e tem como efeito a extinção da punibilidade do Estado.

Para gerar a extinção da punibilidade é imprescindível que o perdão seja aceito (a recusa do querelado impede o efeito fatal).

O perdão do querelante subsidiário não extingue a punibilidade do querelado, assumindo o Ministério Público a titularidade da ação, dando prosseguimento ao processo.

(D) Perempção

A perempção, instituto também decorrente do princípio da disponibilidade da ação penal privada, significa a “morte” da ação penal já proposta. É uma sanção imposta ao querelante inerte ou negligente que implica na extinção da punibilidade e só existe na ação penal privada exclusiva e personalíssima, pois na subsidiária o Ministério Público assume a ação quando o querelante se mantém inerte.

O art. 60 do CPP traz as hipóteses em que incide a perempção:

(A) Quando, iniciada a ação, o querelante deixa de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos (exemplo: o advogado ficou com os autos do processo durante 30 dias para fazer as alegações finais e não fez). A sanção é automática e não há intimação prévia para agir. Existe corrente no sentido de que somente se reconhecerá a perempção em tal hipótese desde que seja regularmente intimado o querelante (ele e seu procurador) para a adoção das providências necessárias ao impulso do processo, utilizando subsidiariamente o Código de Processo Civil (art. 267, § 1º e art. 485, § 1º, do novo CPC). Note-se que os trinta dias devem ser ininterruptos (não são somados prazos parciais para se chegar a esse patamar).

(B) Quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparece em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de sessenta dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo (cônjuge ou companheiro/a, ascendente, descendente ou irmão).

(C) Quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente pessoalmente. Ex.: quando o juiz marca a oitiva do querelante. Em outros atos processuais pode estar presente exclusivamente o advogado do querelante. Embora com entendimento em sentido contrário, não há que se falar em perempção quando da ausência do querelante à audiência de conciliação (art. 520, Código de Processo Penal), pois a queixa nesse momento ainda não foi recebida, não havendo relação processual.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo penal. Injúria real. Perempção. Queixa-crime. 1. Não ocorre perempção pela ausência do querelante à audiência prevista no art. 520 do Código de Processo Penal, porquanto ainda não instaurada a relação processual (art. 60, III, do Código de Processo Penal). 2. Dissenso jurisprudencial não demonstrado. 3. Recurso não conhecido” (REsp 125022/PA – Rel. Fernando Gonçalves – j. 12/08/97).

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“Não é obrigatório o comparecimento do querelante à audiência de tentativa de conciliação, de que trata o art. 520 do Código de Processo Penal” (HC 71219/PA – Rel. Sydney Sanches – DJU 16/12/94).

(D) Quando o querelante, nas alegações finais, deixa de formular pedido de condenação do querelado. Não é preciso usar a fórmula “peço a condenação”. Fundamental é se extrair da peça processual a conclusão de que se pretende a condenação. Nesta hipótese, ao reverso do que ocorre na ação pública (art. 385, Código de Processo Penal) não poderá o julgador prolatar sentença condenatória. No caso de crimes conexos, pode ocorrer a perempção para um deles e prosseguimento em relação ao outro.

(E) Quando, sendo querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Na hipótese de dois querelantes, a perempção aplicada em desfavor de um, não afeta o direito do outro.

Uma vez ocorrida a perempção, a ação penal não poderá ser reiniciada, pois ocorre, neste caso, a extinção da punibilidade.

4.4. Ação penal nos crimes complexos (art. 101 do CP)

Ocorre crime complexo quando se dá a fusão de dois ou mais crimes (roubo, latrocínio etc., são exemplos de crimes complexos). A ação penal nesse caso (de crime complexo) deve seguir a regra geral das ações penais (se o legislador nada diz sobre ela, é pública incondicionada). O art. 101 do CP é exemplo de artigo inútil.

4.5. Ação penal nos crimes contra a honra

Dispõe o art. 145 do CP que a persecução dos crimes contra a honra somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

O seu parágrafo único determina que se proceda mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 do Código Penal (*contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro*), e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo (*contra funcionário público, no exercício das suas funções, ou contra os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal*), bem como no caso do § 3º do art. 140 do Código (*injúria preconceito*).

Do exposto, conclui-se:

1) Nos crimes contra a honra, a regra é perseguir a pena mediante ação penal privativa da vítima ou de seu representante legal;

2) Resultando na vítima lesão física (injúria real com lesão corporal), apura-se o crime mediante ação pública *incondicionada* (com o advento da Lei 9.099/95, temos doutrina lecionando ser pública *condicionada*, modalidade de ação agora cabível no caso do art. 129, *caput*);

3) Será penal pública condicionada à representação no caso de o delito ser cometido contra funcionário público, no exercício das suas funções, ou contra os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal (art. 141, II) e condicionada à requisição do Ministro da Justiça no caso do n. I do art. 141 (contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro).

A despeito da exceção trazida pelo parágrafo único em comento, veio à tona forte corrente sustentando, em casos tais, a admissibilidade da legitimação alternativa do Ministério Público e do agente público ofendido, nascendo, para este, um verdadeiro *direito de opção*.

Foi exatamente essa a posição adotada pelo Pretório Excelso, ao editar a Súmula 714: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.

De acordo com o mesmo Tribunal (Supremo Tribunal Federal), se o servidor ofendido optar pela representação ao MP, fica-lhe preclusa a ação penal privada (STF, 1.ª T., HC 84.659-9-MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.06.2005, v.u., DJU 19.08.2005).

Com o devido respeito, pensamos que a opção por uma via (a da representação, por exemplo) não preclui a outra (a da queixa), desde que exercida dentro do prazo decadencial.

Tal enunciado, no entanto, trará consequências extras, pois, se a opção for pelo oferecimento de queixa-crime, caberá a incidência de algumas causas extintivas da punibilidade (perdão do ofendido, retratação etc.), até então incompatíveis com os princípios informadores da ação penal pública.

4) a pena do crime de injúria preconceito (art. 140, § 3º, do CP) é perseguida mediante ação penal pública condicionada a representação do ofendido. Seguindo o que já havia decidido o STJ, o STF inseriu a injúria envolvendo raça, cor, etnia, religião e origem no espectro do racismo, abrangido pela Lei 7.716/89, tornando-a imprescritível (HC 154.248, j. 28/10/2021). A decisão, contudo, não tratou de seus reflexos na ação penal. Sustentamos então que reconhecer a imprescritibilidade da injúria racial e, ao mesmo tempo, deixá-la dependente de pedido/

autorização da vítima nos parecia estranho. Por questão de coerência, a ação penal devia ser a mesma do crime de racismo próprio – pública incondicionada. Depois da intervenção dos Tribunais, interveio o legislador. A Lei 14.532/23 excluiu da forma qualificada do crime de injúria as ofensas envolvendo elementos referentes a raça, cor, etnia ou procedência nacional. Essas modalidades de preconceito migraram para o art. 2^a-A da Lei 7.716/89, não havendo mais dúvidas de que devem sofrer as mesmas consequências do crime de racismo, isto é, imprescritibilidade, inafiançabilidade e incondicionalidade da ação penal pública. Curiosamente, não migrou do § 3º o preconceito religioso, igualmente objeto da Lei 7.716/89, faltando, nesse tanto, atenção da Casa de Leis. No que se refere a essa forma de preconceito, o intérprete tem de redobrar a atenção: tratando-se de ofensas, há injúria qualificada; se a conduta consiste em segregação ou incentivo à segregação, incide a Lei 7.716/89. Dessa forma, nas ofensas por preconceito religioso a ação penal continua pública condicionada a representação, como também nas ofensas envolvendo a condição de pessoa idosa ou de pessoa com deficiência.

4.6. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual

Antes da Lei 12.015/2009, a ação penal regra nos crimes sexuais era de iniciativa privada, de acordo com o que estabelecia o *caput* do art. 225. Havia, contudo, quatro exceções:

(A) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

(B) procedia-se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;

(C) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;

(D) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a súmula 608 do STF, quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor).

Com a reforma de 2009, a regra passou a ser ação penal pública condicionada, transformando-se em pública incondicionada quando a vítima fosse:

I – menor de 18 anos; ou

II – pessoa vulnerável

A Lei 13.718/18 altera novamente a sistemática da ação penal, que passa a ser **sempre pública incondicionada**.²²

22. O art. 225 do CP faz referência aos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI. A Lei 13.772/18 inseriu o Capítulo I-A – que tipifica o crime de registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B) –, não mencionado expressamente no art. 225. Isso, contudo, não modifica a natureza da ação penal nesse crime, que, como nos demais tipificados no Título VI, é pública incondicionada, pois incide a regra geral: se a lei não atribui ao crime ação penal privada ou pública condicionada, compete ao Ministério Público agir independentemente de qualquer provocação: “compreende-se que tal omissão legislativa não prejudica o posicionamento de que o crime de registro não autorizado da intimidade sexual se trata de ação penal pública incondicionada. Isso porque, inexistindo menção expressa (seja no capítulo

Ora, a regra geral determina que os crimes são de ação penal pública incondicionada a não ser que a lei disponha em sentido contrário. Dessa forma, teria sido de melhor técnica a simples revogação do art. 225, que se tornou absolutamente desnecessário.

No mais, a mudança, a nosso ver, é mais negativa do que positiva.

Como ponto positivo, tem-se, em primeiro lugar, que se encerra a discussão sobre o tipo de ação penal nos crimes agravados pelo resultado.

Com efeito, há casos, como no crime de estupro, em que da violência pode resultar na vítima lesão grave ou morte.

Quando entrou em vigor a redação dada ao art. 225 pela Lei 12.015/09, o Procurador-Geral da República, acolhendo manifestação da Subprocuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, ingressou com ADI (4.301), junto ao STF, solicitando o reconhecimento (inclusive liminar) da inconstitucionalidade do art. 225 do CP (sem redução de texto), para estabelecer que a ação penal no estupro com resultado morte ou lesão corporal grave deveria ser pública incondicionada. Três foram os fundamentos invocados: 1º) ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; 2º) ofensa ao princípio da proteção eficiente (que nada mais significa que um dos aspectos do princípio da proporcionalidade); 3º) a possível extinção da punibilidade em massa nos processos em andamento (de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave), porque passariam a exigir representação (sob pena de decadência).

Tornando-se pública incondicionada a ação, a discussão perde completamente o objeto.

Ainda como ponto positivo, supera-se definitivamente o debate a respeito da eficácia da Súmula 608 do STF:

“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”

Eram várias as vozes segundo as quais a súmula permanecia eficaz mesmo após a redação conferida ao art. 225 do CP pela Lei 12.015/09. Segundo **Cezar Roberto Bitencourt**, por exemplo, as disposições da súmula, apenas um reforço ao disposto no art. 101 do CP a respeito da ação penal nos crimes complexos, continuavam aplicáveis exatamente por esse motivo:

“No crime de estupro qualificado pelo resultado morte da vítima ou lesão grave, a ação penal é, inegavelmente, pública incondicionada, segundo a norma especial contida no art. 101 do Código Penal. Esse dispositivo legal, ao contrário do que se tem entendido, não consagra uma norma geral, pois sua razão de ser são exatamente as exceções quanto à natureza da ação penal pública incondicionada (regra geral), as quais se encontram na Parte Especial do Código Penal. Aliás, quanto à hipótese de estupro com resultado morte da vítima ou lesão

I-A, seja no art. 216-B) de que se trata de ação privada ou pública condicionada, aplica-se a regra geral do Código Penal: no silêncio da lei, deve-se considerar a ação penal como pública incondicionada” (STJ - Processo em segredo de justiça, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 25/04/2023).

grave, convém que se destaque, não houve alteração alguma, continua como sempre foi, ou seja, crime de ação pública incondicionada. (...)

A previsão legal relativa ao crime complexo (art. 101), como estamos sustentando, não só é especial como também específica, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal, independentemente do capítulo em que se encontrem. Na realidade, as previsões sobre a ação penal constantes do art. 225 e seu parágrafo único fazem parte, como uma subespécie (complementar), daquela regra geral, segundo a qual a natureza da ação penal, quando não for incondicionada, deve vir expressa em lei; nesse sentido, a previsão casuística sobre a iniciativa da ação penal (v.g., arts. 145, 225 etc.) constitui norma geral complementar para esses crimes sexuais. Não teria sentido o afastamento do conteúdo do art. 101 por previsões sobre a natureza da ação penal, as quais, em razão do princípio da excepcionalidade, devem ser sempre expressas. Em outros termos, interpretação em sentido contrário esvaziaria a finalidade da previsão do art. 101, que poderia, inclusive, ser suprimido do Código Penal por absoluta inutilidade.

Com efeito, se não houvesse tais previsões, seria desnecessária a definição contida no referido artigo, pois, na ausência de menção expressa, a ação penal seria sempre pública incondicionada (art. 100). Em outras palavras, o conteúdo do art. 101 do Código Penal destina-se especificamente àquelas infrações penais cuja persecutio criminis depende da iniciativa do ofendido, na medida em que as outras dele não necessitam: são de ação pública incondicionada.”²³

Havia quem sustentasse, ademais, que a ação penal no crime de estupro cometido mediante violência real no âmbito doméstico e familiar também deveria ser pública incondicionada, não somente em razão do disposto na mencionada súmula como ainda em virtude da decisão do STF na ADI 4424, na qual o tribunal estabeleceu que a ação penal no crime de lesão corporal de natureza leve no âmbito doméstico e familiar é pública incondicionada. Neste sentido, **EUGENIO PACELLI**²⁴:

“Na linha da compreensão da citada Súmula 608, mesmo ao tempo da redação anterior (à Lei 12.015) do CP, seria de ação pública incondicionada o crime de estupro praticado mediante violência física, ao entendimento de que a lesão corporal era perseguida por ação pública e não privada, aplicando, portanto, o art. 101, CP.

E a Suprema Corte prosseguiu assim entendendo mesmo após a Lei 9.099/95 condicionar à representação a ação penal nos casos de lesão corporal leve ou culposa.

23. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/aplicacao-da-sumula-608-do-stf-no-estupro-posicao-favoravel/17876>.

24. Disponível em <http://www.juriseconcursos.com.br/noticula-sobre-a-dignidade-sexual/>.

Eis a resposta, então, que nos parece mais adequada, também em coerência com às orientações do STF sobre a matéria.

Afastada a aplicação da Lei 9.099/95 ao ambiente de violência doméstica (inexistindo-se, portanto, representação nos casos de lesão corporal leve), pensamos que as ações penais nos crimes de estupro ali praticados serão públicas incondicionadas, sempre que praticados os fatos com violência real, na linha do quanto entendido na velha Súmula 608, no art. 101, CP, e segundo a decisão da Suprema Corte em relação à Lei Maria da Penha”.

Não era, todavia, o que sustentava **Damásio de Jesus**²⁵:

“Em primeiro lugar, o estupro com violência física de que resulta lesão corporal leve não é delito complexo (JESUS, Damásio de. Direito Penal. São Paulo: Saraiva. v. I, ação penal no crime complexo). O art. 131 do CP italiano tratava do crime complexo em sentido amplo; o nosso art. 101 do CP conceitua o delito complexo em sentido estrito, que exige a fusão de dois tipos criminais. Ora, o estupro (art. 213) é o constrangimento ilegal (art. 146) acrescido da conjunção carnal e do ato libidinoso diverso, os quais, “por si mesmos”, não são delitos. Além disso, os arts. 102, *caput*, e 225, *caput*, do CP, que, no caso, impõem ao marido estuprador a ação penal pública condicionada à representação da vítima, não foram revogados pela Lei n. 12.015/2009.

Se o agente, no âmbito doméstico e familiar e em um só contexto de fato, tivesse estuprado a esposa mediante agressão física, causando-lhe lesão corporal leve, aplicado o princípio do concurso aparente de normas na espécie subsidiariedade implícita, responderia só por um crime, o de estupro, absorvida a lesão, sendo condicionada a ação penal. Se, contudo, na progressão criminosa propriamente dita, cessasse a conduta na lesão corporal leve, desistindo do estupro, responderia somente por aquele crime (de lesão corporal), de ação penal incondicionada, segundo o STF”.

Seja como for, sob a vigência da Lei 13.718/18 não há mais razão para invocar a súmula.

Contudo, igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece ser um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança.

O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável –, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii*.

Preocupado com a revitimização, aliás, já decidiu o STJ pela separação da vulnerabilidade permanente da vulnerabilidade ocasional. Em relação à vítima possuidora de

25. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/estupro-e-lesao-leve-no-ambiente-familiar/9363>.

incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos de libidinagem, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos – ou seja, que não é propriamente vulnerável –, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima (HC 276.510/RJ, j. 11/11/2014). Essa decisão, repise-se, buscou evitar que o Estado “atropelasse” direitos e garantias das vítimas em crimes dessa natureza.

Há quem defenda a alteração promovida pela Lei 13.718/18 sob o argumento de que quando a ação penal era privada – e, depois, pública condicionada –, as vítimas – mulheres em especial – passavam por constrangimentos e muitas vezes deixavam de comunicar o crime e de buscar a punição do agressor por medo de represálias, principalmente nas situações em que os fatos ocorriam no âmbito familiar. Isso fazia com que se multiplicassem casos de impunidade diante da extinção da punibilidade pela decadência. Argumenta-se que, diante de todo o avanço havido ao longo de décadas em relação ao papel social da mulher – o que, aliás, possibilitou um imenso incremento no sistema de proteção de mulheres vítimas de violência –, não há sentido na manutenção de uma regra que dificulta o ajuizamento da ação penal.

Mas, a rigor, os mencionados avanços serviriam mesmo para justificar a manutenção da regra que confere à vítima maior poder de decidir se deseja ou não processar o agressor e se submeter ao constrangimento característico de um processo dessa natureza. Ora, justamente porque se identifica a tomada de consciência a respeito da igualdade entre homens e mulheres é que se deve pressupor que a mulher vítima de um crime sexual tem, como o homem, plenas condições de decidir sobre seus interesses. O argumento que agora trazem para estabelecer que a ação penal seja pública incondicionada serviria para algumas décadas atrás. Hoje o raciocínio deveria ser exatamente inverso.

☑ **Diante da mudança na regra da ação penal dos crimes sexuais, os fatos anteriores que dependiam de representação continuam vinculados à condição de procedibilidade ou o Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de iniciativa da vítima?**

Como já alertamos no tópico referente à *ação penal nos crimes contra a honra*, certamente haverá aqueles que, norteados pelas regras do direito intertemporal no processo penal, lecionarão pela aplicação imediata da mudança, isto é, denúncia sem necessidade de representação (não se observando o *tempus regit actum*).

Entendemos, com o devido respeito, que a ação penal, para os casos praticados antes da vigência da nova lei, deve continuar sendo pública condicionada a representação, vez que, do contrário, estar-se-ia subtraindo institutos extintivos da punibilidade ao acusado. A mudança da titularidade da ação penal é matéria de processo penal, mas conta com reflexos penais imediatos. Daí a imperiosa necessidade de tais normas (processuais, mas com reflexos penais diretos) seguirem a mesma orientação jurídica das normas penais. Quando a inovação é desfavorável ao réu, não retroage.

BIBLIOGRAFIA

- ARAS, Vladimir. *O juízo competente para a execução da pena de transcondenados*. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2018/12/11/o-juizo-competente-para-a-execucao-da-pena-de-transcondenados/>. Acesso em 04/11/2021.
- AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações. Responsabilidade Civil*. 12ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- BARROS, Flávio Monteiro de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- BATISTA, Nilo. Aspectos jurídicos penais da anistia. *Revista de Direito Penal*, n. 26, p. 33-42, 1978.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BLANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, vol. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva: 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Aplicação da Súmula 608 do STF no Estupro: posição favorável*. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/aplicacao-da-sumula-608-do-stf-no-estupro-posicao-favoravel/17876> – 28 de novembro de 2017.
- BONFIM. Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e Linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem*. Tirant lo Blanch: São Paulo, 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ª Edição ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.
- CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. 1. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12ªed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (coords). *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não Persecução Penal (coords)*. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral Tomo I*. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007.

- DIAS, Monia Peripolli. O tratamento jurídico-penal dispensando aos indígenas: frente à colisão cultural desse povo com a cultura preponderante brasileira. Editora Novas Edições Acadêmicas, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- EISELE, Andreas. Direito Penal – Teoria do Delito. 1 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1965.
- FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro– Parte Geral. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942.
- FARIA, Helena Lopes de, MELO, Mônica de. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, São Paulo, Centro de Estudos, 1998.
- FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- FISCHER, Douglas. PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 3. ed. rev. atual. e ampl. com as 10 condenações do Brasil na Corte IDH e Resolução n. 123/2022 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Conduta Punível. São Paulo: José Bushatsky, 1961.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003.
- FRANCO, Alberto Silva. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. Tomo I. v.1.
- FRANCO, Alberto Silva. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- GALVÃO, Fernando. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2003.
- GANDRA, Thiago. Lei das Contravenções Penais. Coleção Leis Especiais para Concursos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 34.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal – Vol. 1. Tomo I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, vol. 2.
- GOMES, Luiz Flávio. Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte: A Ação Penal é Pública Condição. Disponível em <http://www.lfg.com.br> – 28 setembro de 2009.
- GONÇALVES, Monique Mosca. A descoisificação dos animais e a defesa dos seus interesses pelo Ministério Público: aspectos teóricos e práticos. CGMP Notícias. Informativo da Corregedoria-Geral do MPMG. 3 edição. Belo Horizonte, 7 de outubro de 2020.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva: 2019.
- GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Porto Alegre: Revista Jurídica, Jul 2000.
- GRECO, Luis. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRECO, Luis, LEITE, Alaor, TEIXEIRA, Adriano, ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, vol. 1.
- GRECO FILHO, Vicente. Dos crimes da Lei de licitações. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no Direito Penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.
- JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 8ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JESUS, Damásio de. Estupro e lesão leve no ambiente familiar. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/estupro-e-lesao-leve-no-ambiente-familiar/9363> – 28 de novembro de 2017.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen. Delincuencia política y Estado de Derecho. *Criminalia*, n. 1, v. 66, p. 27-89, 2000.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Vol. I. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012.
- LUIZI, Luis. Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre: SAFEditor, 2003.
- MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964.
- MASSON, Cléber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.
- MATOS, Nuno Igreja. Discursos políticos e direito penal: a posição referente do direito fundamental à liberdade de expressão e os crimes de expressão política. *Anatomia do crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n. 6, p. 97-127, 2017.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 1988.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal – Parte Geral, 23ª ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Atlas: São Paulo, 2006.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo: GEN, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: volume 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nuñez, OLIVEIRA, William Terra de, BRITO, Alexis Couto de. Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Notícula sobre a dignidade sexual. Disponível em <http://www.juriseconcursos.com.br/noticula-sobre-a-dignidade-sexual/> – 28 de novembro de 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal - Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PADOVANI, Tullio. Bene giuridico e delliti politici: contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II CP. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 25, p. 3-41, 1982.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito Penal-Parte Geral. São Paulo: Editora Método, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.

- PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e constituição. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, Luiz Régis. Tratado de Direito Penal Brasileiro, v. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 62, Set/2006.
- REALE JR. Miguel. Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 130, p. 81, Brasília, Senado Federal, 1996.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. “Fundamentos e Direito Penal Brasileiro”. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- ROQUE, Fábio Araújo. O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal. Salvador: Juspodivm, 2011.
- SANTOS, Juez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Curitiba: Fórum, 2004.
- SHIKIDA, Pery Francisco Assis; ARAUJO JR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio D.; BORILLI, Salete Polônia. Determinantes do comportamento criminoso: Um estudo econométrico nas penitenciárias central, estadual e feminina de Piraquara (Paraná). Pesquisa e Debate, SP, vol. 17, n. 1, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela Penal dos Interesses Difusos. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Introdução ao Direito Penal – Criminologia, Princípios e Cidadania. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- TAVARES, Juez. Teoria do Injusto Penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TAVARES, Juez. Teorias do Delito: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TOLEDO. Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal (vols. 1 e 2). São Paulo: Saraiva. 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal comentado. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.
- VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O Progresso ao Retrocesso. Coimbra: Almedina, 2010.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán. 12. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2009.